

"BEZWECKEN" EINER WETTBEWERBS-
BESCHRÄNKUNG - EINE RECHTSVER -
GLEICHENDE UNTERSUCHUNG ZUM
AMERIKANISCHEN ANTITRUST -RECHT
UND ZU ART. 85 Abs. 1 EWGV.

1972

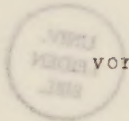
Hagen Lüderitz

1971

T H E M A

"Bezwecken" einer Wettbewerbsbeschränkung
-eine rechtsvergleichende Untersuchung
zum amerikanischen Antitrust -Recht und
zu Art.85 Abs.1 EWGV.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von

Hagen Lüderitz

1971



Referent: Prof. Dr. Ernst Steindorff

Korreferent: Privatdozent Dr. Gerhard Schricker

Tag der mündlichen Prüfung 14.12.1971



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553801_0025

1911.11.11

1911

1911

1911

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

1911

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

Meinen Eltern

G l i e d e r u n g

	<u>Seite</u>
1. Teil	1-10
Schwierigkeiten der Urteilsbildung im EWG-Kartellrecht - Gefahren ihrer Nichtbewältigung	
1. Abschnitt	1-3
Probleme und Lösungsversuche	
A. Gerechte Entscheidung in angemessener Zeit	
I. Zahl und Dauer der abgeschlossenen Verfahren	
II. Ergebnis und Begründung der Entscheidungen	
B. Gründe für die Schwierigkeiten der Urteilsbildung	3-4
I. Personelle und organisatorische Struktur der EWG-Kommission	
II. Die Komplexität der zu beurteilenden wirtschaftlichen Sachverhalte	
III. Mangelnde Entscheidungshilfe durch den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 EWGV	
C. Lösungsmöglichkeiten der Schwierigkeiten der Urteilsbildung	5-7
I. Mittel des Beweisrechts	
II. Präzisierung der Tatbestandsmerkmale	
2. Abschnitt	7-10
Beschränkung des Wettbewerbs	
A. Keine Detaildefinition des Begriffs "Wettbewerb"	7-8
B. Erfassung des Merkmals "Beschränkung"	8-10

C.Erfordernisse einer relevanten Freiheits-
beschränkung

2.Teil

11-69

Der Zweck im amerikanischen Antitrust Recht
- am Beispiel des "Exchange of Information"

1.Abschnitt

11-18

Grundlagen für die folgenden Fallanalysen

1.Kapitel

11-16

Rechtsgrundlagen

A.Die Kartellgesetze

11

B.Der Tatbestand des Sherman Act-Section 1

11-16

I.Restrictant of Trade

II.Die Rule of Reason

1.Die Rule of Reason als materieller
standard

2.Die Rule of Reason als Feststellungs-
prinzip

a.Der vierfache Test

b.Die Durchführung der Tests

3.Typen der Rule of Reason

4.Ergebnis

III.Die Per Se - Rule

IV.Abgrenzung:Rule of Reason - Per Se Rule

2.Kapitel

16-18

Die Funktion des Zwecks

A.Funktion:praktisch

16-17

I.Der Anknüpfungstatbestand(contract,etc.)
ist gegeben

II.Der Anknüpfungstatbestand muß erst beson-
ders bewiesen werden

B.Funktion:dogmatisch

17-18

	<u>Seite</u>
I.Zweck als Hauptprüfungskriterium	
II.Zweck im Rahmen des Effekts	
2.Abschnitt	18-69
Exchange of Information	
1.Kapitel	18-26
Überblick,Grund und Gang der Untersuchung	
A.Die Absprachen und ihre wettbewerbsrechtliche	18-21
Beurteilung	
I.Fall:American Column and Lumber	
II.Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung	
B.Grund für die Betrachtung dieser Fallgruppe	21-22
1.Die überragende Bedeutung des Zwecks	
2.Der klare Gegenstand des Zwecks	
C.Das Verhältnis von "conspiracy"und"purpose"	22-26
I.Beweis - Gegenstand - Voraussetzungen	
1.Die Beweisbarkeit	
2.Der Gegenstand der conspiracy	
II.Die Unterschiede	
1.Bindung des "purpose" an den Anknüpf-	
ungstatbestand	
2."Purpose" im Zeitpunkt des Vertrags-	
schlusses	
3.Vertragsnähe von beweisbegründenden	
Umständen	
III.Anwendungsbereich der conspiracy	
1.Ersatztatbestand für "contract"	
2.Ersatztatbestand für "purpose"	
2.Kapitel	26-36
Die Funktion des Zwecks	
A.Der Zweck im Rahmen der Kausalität	27-30
I.Als Kausalitätszusatz	
1.Fall:Cement Protective Ass'n	

2.Dogmatische Einordnung:qualifizierte Kausalität	
a.Alleinkausalität	
b.notwendige Kausalität	
c.Notwendigkeit durch Zweck	
II.Der Zweck bei der Kausalitätsfeststel- lung	
1.Fall:American Column and Lumber	
2.Der Zweck als unwiderlegbare Vermutung für die Kausalität	
B.Der Zweck als Nachweis der Freiheitsbe- schränkung	30-32
I.Fall:Morton Salt	
II.Fall:Cement Protective Ass'n	
III.Zweck als unwiderlegbare Vermutung für Freiheitsbeschränkung	
C.Der Zweck als Feststellungersatz	32-33
I.Fall:Lumber Dealers' Ass'n	
II.Der Zweck als unwiderlegbare Vermutung für den Effekt	
D.Der Zweck als Bewertungskriterium	33-35
I.Fall:Sugar Institute	
II.Fall:Cement Protective Ass'n	
III.Der Zweck als Rechtfertigungsgrund	
E.Zusammenfassung	35-36
3.Kapitel	36-50
Die Feststellungsmethoden	
A.Der Zweck als Feststellungersatz	36-44
I.Fall:Lumber Dealers' Ass'n	36-37
1.Die Vereinbarung	
2.Verhalten vor Vertragsschluß	

3. Der Effekt	
II. Fall: Linseed Oil	37-40
1. Die Vereinbarung	
2. Verhalten nach Vertragsschluß	
3. Die "Nähe zur Vereinbarung"	
a. Willensäußerungen	
aa. Preisvereinbarungen	
bb. Entschlüsse bei meetings	
b. Faktische Durchführungsmaßnahmen	
III. Fall: American Column and Lumber	40-43
1. Die Vereinbarung	
2. Verhalten vor Vertragsschluß	
3. Faktische Durchführung	
4. Willensäußerungen im Rahmen der Durchführung	
5. Der Effekt	
IV. Ergebnis	43-44
1. Hierarchie der Beweisgrundlagen	
2. Nähe zur Vereinbarung	
B. Fälle, in denen der "effect" festgestellt wurde	44-46
Fall: Morton Salt	
1. Die Vereinbarung	
2. "Course of Conduct"	
3. Die Marktstruktur	
4. Effekt begründet Beweiswert des Verhal- tens	
C. Die Feststellung des Zwecks in seiner Funktion als Bewertungskriterium	46-48
Fall: Sugar Institute	
1. Die Vereinbarung	

1. Verhalten vor Vertragsschluß	
3. Verhalten bei Vertragsschluß	
Ergebnis	48-50
I. Unterschiedliche Beweisanforderungen	
II. Gründe für unterschiedliche Beweisanforderungen	
1. Voreingenommenheit der Richter	
2. Funktion des Zwecks	
a. Feststellungsersatz und Rechtfertigung	
b. Freiheitsbeschränkung, Kausalitätsersatz, Kausalitätszusatz	
4. Kapitel	50-59
Die Zuordnung von Zweck- und Effektprüfung	
A. Bedeutung des Merkmals "purpose"	50-52
I. Vorrang der "effect"-Prüfung	
II. Purpose als Feststellungsersatz	
B. Folgen unterschiedlicher Prüfung	52-56
I. Wechselnde Prüfungsanforderungen in den untersuchten Fällen	
II. Zweckprüfung: Verbot	
III. Effektprüfung: Erlaubt	
IV. Der Se - Verbot	
Fall: Container	
C. Erforderlichkeit und Methode der Zweckprüfung	56-68
I. Gesichtspunkte für die Zweckprüfung	57-60
1. Erstmalige Bewertung eines Vertragstyps	
2. Beweisbarkeit	
a. tatsächlicher Nachweis unmöglich	

b.tatsächlicher Nachweis unzumutbar	
3.Durchsetzbarkeit	
4.Rechtssicherheit	
5.Vorwerfbarkeit	
II.Die Feststellungsmethoden	60-66
1.Objektive Umstände	61
a.Marktauswirkungen	
b.Marktstruktur, Warenart	
2.Willensgetragene Umstände	62
a.Vertragsbestimmungen	
b.History	
c.Verhalten nach Vertragsschluss	
3.Verhältnis der Feststellungsmethoden	63
4.Fall:Tag Institute	63-66
III.Per Se -Verbot	66
IV.Beweisrechtliche Einordnung des Zwecks	66-68
1.Der festgestellte Zweck	
2.Die zweckbeweisenden Umstände	
D.Ergebnis	68-69
a.Teil	
Der Zweck im EWG-Kartellrecht	70-151
1.Abschnitt	70-75
Überblick über die Darstellung, Gegenstand und Gang der Untersuchung	
1.Informationsaustauschverträge	70-72
1.Außerungen der Kommission	
2.Fälle	
a.Informationen, die die Herstellung	

betreffen

b. Informationen, die die Vermarktung
betreffen

aa. Verbotene Informationen

bb. Erlaubte Informationen

c. Sonstiger Austausch von Informati-
onen

ERGEBNIS

II. Gegenstand der Untersuchung 73-74

1. Nicht-durchgeführte Absprachen

2. Durchgeführte Absprachen

III. Kriterien zur Beurteilung von wettbe- 74-75
werbsrelevanten Absprachen

2. Abschnitt 75-78

Der Zweck als Bewertungskriterium für die
Zukunftsrelevanz

1. Kapitel 76-83

Das Prüfungsvorgehen der Kommission bei
nicht-durchgeführten Absprachen

A. Noch nicht durchgeführte "Erst-Vereinba- 76-78
rungen"

I. Entscheidung: ACEC-Berliet

II. Entscheidung: Clima Chappée-Buderus

B. Nicht durchgeführte "Zweitvereinbarungen" 78-82

I. Entscheidung: ASIA

II. Entscheidung: Kodak

C. Ergebnis 82-83

2. Kapitel 83-84

Die "Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung"

als Kriterium für die Zukunftsrelevanz

A. Die Eignung im Tatbestand des Art. 85 I 83-86

als selbständiges Prüfungskriterium	
I. Das Prüfungsvorgehen der Kommission	
II. Dogmatische Zuordnungsmöglichkeit	
B. Voraussetzungen und Folgen dieser Auf-	86-88
fassung	
I. Übernahme der Folge- und Gegenstands-	
theorie	
1. Gegenstand - Zweck	
2. Folge - Eignung	
II. Zweckverbot auch bei fehlender Eignung	
zur Wettbewerbsbeschränkung	
C. Bedenken gegen diese Auffassung	89-94
I. Abgrenzung der für den Zweck und die	
Eignung beweisenerheblichen Umstände	
1. Einteilung nach Fallgruppen	
2. Kritik	
a. Eignung leichter als Zweck feststell-	
bar	
b. Kritik	
II. Beweiserhebliche Umstände "an sich"	
III. Zweckverbot ohne Eignung	
IV. Ergebnis	
3. Kapitel	94-123
Der Zweck als Kriterium für die Zukunfts-	
relevanz	
A. Der Zweck als Versuch	94-103
I. Voraussetzungen und Folgen dieser Auffas-	95-96
sung	
1. Aufbau des Tatbestands	
2. Folgerungen	
II. Bedenken gegen diese Auffassung	96-103

	<u>Seite</u>
D.Einziges Prüfungskriterium zur Vergangen-	133
heitsbewertung durchgeführter Absprachen	
I.Zweck und Wirkung als gleichwertige	133-135
Kriterien	
II.Bewirken als Hauptkriterium	135-137
1.Bedeutung des Wortes "oder"	
2.Innere Gründe für unbeschränkte Prü-	
fungsalternativität?	
3.Ergebnis	
III.Eingeschränkte Alternativität der Prü-	137-138
fungskriterien	
2.Kapitel	138-141
Der Zweck als Feststellungersatz	
I...Der Grundig-Consten Fall	138-141
1.Die Zweckprüfung als Feststellungser-	
satz	
2.Gründe für das Prüfungsvorgehen	
II.Der EWA - Fall	141
3.Kapitel	141-151
Der Zweck als Kausalitätersatz	
A.Das Kausalitätsurteil	142-145
I.Die Probleme des Kausalitätsurteils	
II.Möglichkeiten der Bewältigung der	
Schwierigkeiten	
1.Vorgehen der Kommission	
2.Zweck als Kausalitätersatz	
B.Der Zweck als Kausalitätersatz am	145-148
Beispiel des Chinin-Falls	
I.Kausalitätsleugnung unter Hinweis	
auf Umstände bei Vertragsschluß	
II.Kausalitätsleugnung unter Hinweis auf	

	<u>Seite</u>
die wirtschaftliche Entwicklung	
C.Ergebnis	148
Zusammenfassende Ergebnisse	149-151

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- A n d r é, Beweisführung und Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof - Köln 1966
- A r e e d a, Antitrust Analysis - Boston 1967
- A u s t e r n, Presumption and percipience about competitive effect under section 2 of the Clayton Act, Harvard Law Review, Vol 81 (1968) S. 733-819
- B a l l e r s t e d t, Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm - Karlsruhe 1965 S. 179-198
- B a u m a n n, Strafrecht Allg. Teil 5. Aufl. Bielefeld 1968
- B a u m a n n - A r z t, Kartellrecht und allgemeines Strafrecht - ZHR Bd. 134 (1970) S. 24 ff
- B a u r, J. F., Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb" - ZHR Bd. 134 (1970) S. 97-150
- B e l k e, Relevanter Markt und vertikale Wettbewerbsbeschränkung im EWG-Kartellrecht am Beispiel der Alleinvertriebs- und Gebietsbindungen - ZHR Bd. 130 (1968) S. 239
- B e n i s c h, Die kartellrechtliche Bedeutung des Zwecks von Kooperationsverträgen - DB 1969 S. 247
- B e t t e r m a n n, Die Beweislast im Verwaltungsprozeß - Referat 46. Deutscher Juristentag - Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags Bd. II Teil E - München 1966
- B l a k e - P i t o f s k y, Antitrust Law - Brooklyn 1968
- B l o m e y e r, A. Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß - Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag - Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags Bd. I Teil 2A - München 1966

- B o r k, Ancillary restraints and the Sherman Act
15 A.B.A. Antitrust Section 211 (1959)
- Ders. The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division 74
Yale Law Journal S.375 ff u.775ff (1965)
- C e r e x h e, Kommentierung der Art.85ff EWGV in
"Les Nouvelles" .Vgl.dort
- C h a m p a u d, Liberté de la concurrence -Revue trimestrielle de droit européen 1969
S.752
- van C i s e, The future of per se in Antitrust Law
50 VA.L.Review 1165 (1964)
- Ders. Understanding the antitrust laws, revised
ed. New York 1966
- C r a m e r, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes
Gefährdungsdelikt - Tübingen 1962
- D a h l i n g e r, Die Beweislast im Verwaltungs-
prozeß NJW 1957 S.7
- D a h m, Deutsches Recht 2. Aufl.-Stuttgart 1963
- van D a m m e, L'article 85 du Traité de Rome et les
problèmes de concurrence - Droits et
Affaires - Paris 1.4.1970 S.1-20
- Ders. La mise en oeuvre des articles 85 et
86 du Traité de Rome - Cahier de droit
européen 1966 S.35ff;279ff;602ff
- Ders. Urteilsanmerkung zu der Entscheidung
des EuGH vom 9.7.69 RS 5/69 -Cahier
de droit européen 1970 S.63-87
- D e r i n g e r, Das Wettbewerbsrecht der Europä-
ischen Wirtschaftsgemeinschaft-
Kommentar - Düsseldorf
- D i l d e r i c h s e n, Fortschritte im dogmatischem
Verständnis des Anscheinsbe-
weises ZZP Bd.81 (1968) S.45ff
- D i r l a m - K a h n, Fair competition New York
1954

D r a e t t a, Kommentierung der Artikel 85-90 EWGV
in dem italienischen EWG Vertragskom-
mentar. Hersg. Quadri u.a. Vgl.dort

u r , Strafbuch und Nebengesetze -Kom-
mentar 32.Aufl.(1970) -München

E d d y, The New Competition 1912

E s s e r, Vorverständnis und Methodenwahl in der
Rechtsfindung -Frankfurt 1970

E v e r l i n g, Zur Errichtung nachgeordneter
Behörden der Kommission der Euro-
päischen Wirtschaftsgemeinschaft -in:
Festschrift für Ophüls -Karlsruhe
1965 S.33-49

Ders. Kommentierung der Art.85ff in: Die
Europäische Wirtschaftsgemeinschaft -
Kommentar zum Vertrag Hersg. Wohlfahrt
u.a. Vgl.dort

F i k e n t s c h e r, Die Interessengemeinschaft. Eine
gesellschafts - und kartellrecht-
liche Untersuchung.
FIW-Schriftenreihe Heft 30
Köln 1966

Ders. Systemfragen im Europäischen
Recht der Wettbewerbsbeschrän-
kungen. In: Festschrift für Franz
Böhm
Karlsruhe 1965 S.261-278

Leipen -Utrecht 1969 S.177-232

P o c s a n e a n u, Considération sur l'interprétation
de l'article 85 du Traité de Rome,
à la lumière des arrêts de la Cour
de Justice des Communautés Européennes
du 13 juin et 13 juillet 1966-RMC
S. 462-470

Frankfurter Kommentar, Kommentar zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen, Kaufmann -
Kautmann u.a.; Loseblatts Ausgabe ab
1969

von G a m m, Das Kartellrecht der EWG 2.Aufl.Köln 1969

J e e r o s, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht
dies. 1969

Gemeinschaftskommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und Europäisches Kartell-
recht, Hrsg.: Müller -Henneberg;
Schwartz 2. Aufl.Köln 1963

G i d e u.a., Le droit de la concurrence des communautés
européennes - Paris 1969

G i e i s s, Zwei bedeutsame Urteile des Europäischen Ge-
richtshofs WRP 1967 S.163-176

G i e i s s-H i r s c h, EWG-Kartellrecht 2.Aufl.Heidel-
berg 1965

G i e i s s-H o o z, Anmerkung zu der Entscheidung des
EuGH vom 13.7.66 RS56 u.58/64
AND 66 S.311

G o l d m a r n, Droit commercial européen - Paris 1970

von der G r o e b e n, La Politique de la concurrence dans
la communauté économique européenne
n: Les Nouvelles(vgl.dort)Nr.1971-
2000

G r u n s k y, Grundlagen des Verfahrensrechts.Eine ver-
gleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO,
BGG, StP - Bielerfeld 1970

G u d e r e r, Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung
Rechtswissen 1969

H a i n m a n n, Der Anscheinsbeweis und die Fahr-
lässigkeitstat im heutigen deut-
schen Schadensersatzprozeß - Tü-

bingen 1966

- H a l b e y, Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung
nach §1GWB - Jur.Analysen, Wirtschaftsrecht I
1970 S.34-47
- H a n d l e r, Some novel theories of antitrust liability
37 A.B.A. Antitrust L.J. 50 (1967)
- Ders. Through the antitrust looking glass-twenty
first annual antitrust revision 57 Calif.
Law Review 182 (1969)
- Ders. Recent trends in Supreme Court antitrust
decisions 38 A.B.A. L.J. 573-601 (1969)
- Ders. Antitrust in perspective. The complementary
roles of rule and discretion - New York
1957
- Ders. Cases and materials on trade regulation
4.Aufl. 1967 Nachtrag 1968 - Brooklyn
- H i n t z e, Aus der Praxis des Kartellsenats beim Kammer-
gericht, insbesondere die Anwendungsmöglichkeit
volkswirtschaftlicher Theorien WuW 1970 S.571
- H o l d e r b a u m, Chancen für eine europäische Kartell-
behörde Euk 1967 S.116-133
- H o o t z, Die Stellungnahme der Kommission zur Koope-
ration und "Folgetheorie WRP 68 S.384
- H o p p m a n n, Zum Schutzobjekt des GWB in: Wettbewerb
als Aufgabe. Nach zehn Jahren GWB
Bad Homburg v.d.H. 1968 S.61-104
- Ders. Die sog. Bagatellkartelle der "neuen Wett-
bewerbspolitik" DB 1970 S.93-100
- J a c q u e m i n, The criterion of economic performance
in the antitrust policies of the United
States and the EEC 8 CMLR 205-225 (1970)
- J e s c h e c k, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil -
Berlin 1969
- J o h a n n e s, Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung
in Art.85 Abs.1 des EWG-Vertrags
AWD 1968 S.409
- J o l i e t, The rule of reason in antitrust - law
Lüttich-Den Haag 1967

- J o l i e t, La coopération entre entreprises selon
la jurisprudence de la Commission des
communautés Européennes - Cahier de
droit européen 1969 S.127-180
- K a h n, Vgl. oben Dirlam-Kahn
- K a y s e n - T u r n e r, Antitrust Policy - An Eco-
nomic and Legal Analysis
Harvard 1959
- K e m k e r, Die statistische Tätigkeit von Wirt-
schaftsverbänden und das Antitrustrecht
Heidelberg 1963
- K i r s c h s t e i n, Beurteilung von Alleinvertriebs-
verträgen nach EWG-Kartellrecht
WuW 1966 S.777
- Ders. Das Urteil des Europäischen Ge-
richtshofs vom 12.12.1967 über
Bierlieferungsverträge WRP 1968
S.88-91
- K l e e m a n n, Die Wettbewerbsregeln der EWG -Baden
Baden 1962
- K n ö p f l e, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die
Realität des Wirtschaftslebens- Köln
1966
- Ders. Zur Feststellung der Nichtigkeit von Kart-
tellvereinbarungen durch nationale Ge-
richte WuW 1971 S.81
- K o c h, Anmerkung zu der Entscheidung des EuGH vom
29.2.1968 RS 24/67 AWD 1968 S.185-188
- K o h l h o s s e, Der Anscheinsbeweis und freie rich-
terliche Beweiswürdigung AcP Bd.165
(1965) S.46

- K r e m e r, Das Recht der Informationsaustausch.
frage in den U.S.A. und Deutschland
JbW 1966 3.457 - 477
- K r a t t e i n, Die Auslegung der Wettbewerbsregeln
des EWG - Vertrags im Lichte der
Europäischen Rechtsprechung
- L a c k n e r, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Ver-
kehrsstrafrecht - 1967
- L a r o - K i t e l l e, Trade Relations Law &
Practice - Boston 1967
- L e r n e z, Methodenlehre der Rechtswissenschaften.
Aufl. Berlin 1969
- L e p o l d, Beweislastregeln und gesetzliche
Vermutungen - Berlin 1966
- L i n d e l l e s, Droit des Communautés Européennes
Hrsg.: Ganshof van der Meersch
Brussel 1969

- Loew, Die rationale Rule of Reason im Amerikanischen
antitrustrecht WuW 1964 S.588
- Low, Modern Economic Organization - Homewood/Ill.1970
- Lücke, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes
in der Denkkategorie des Rechts. In: Festschrift
für Franz Böhm - Karlsruhe 1965 S.199-226
- Lyons - Abramson, The Economics of Open Price
1966
- Mallandier, Alleinvertriebsverträge und EWG-Kartell-
recht. Anmerkung zu den Rechtssachen
32/65, 56/65, 56 u. 58/64 BB 1966 S.834
- Ders. Restrictive pattern by multiple agree-
ments. The Brasserie du Haecht case.
6 CMLR 353-367 (1964)
- Marxer, Wettbewerb und Wirtschaftspolitik in der
EWG 1964 S.1-14
- Ders. Wettbewerb und Wirtschaftspolitik in der
EWG 1964 S.1-14
- Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil 3. Aufl.
Bes. Teil 5. Aufl. - Karlsruhe
- Mestmäcker, Verbandsstatistiken als Mittel zur
Beschränkung und Förderung des Wett-
bewerbs in den Vereinigten Staaten
und in Deutschland - Diss. Frankfurt
1964
- Montague, Per se illegality and the rule of reason
12 A.B.A. Antitrust Section 69 (1958)
- Nass, Probleme des europäischen Kartellverfahrens
EuR 1970 S.100-134
- Nale, The Antitrust Laws of the USA 2. Aufl. Cambridge
1970
- Oppenneim, A new look at antitrust enforcement
trends - CCH Antitrust Law Symposium
69 (1950)
- Ders. Federal Antitrust Legislation: Guideposts
to a revised national antitrust policy
50 Mich. Law Review 1139 (1952)

- O p p e n h e i m - W e s t c o n, Federal Antitrust Laws
3. Aufl. St. Paul 1968
- P h i l l i p s, Der Beitrag von Antitrust zu den Zielen
der Wirtschaftspolitik WuW 71 S.45-55
- P i c k e l, Neuere amerikanische Verwaltungspraxis zu
Freismeldestellen und anderem Informations-
austausch zwischen Wettbewerbern
WuW 1963 S.23
- P o h l e, Zur Beweislast im internationalen Recht. In:
Festschrift für Dölle Bd. II S.317 - Tübingen
1963
- P r o b e r t s, Beweiserleichterungen im Schadensersatzpro-
zeß - Karlsruhe 1966
- J u a n r i u. a., Trattato istitutivo della comunità eco-
nomica europea, Kommentar
Mailand 1965
- K a b e l s, Anmerkung zu der Entscheidung des EuGH vom
12.12.67 RS 23/67 EuR 68 S.221-228
- K a h l, Conspiracy and the Anti-Trust Laws, 44 Ill. Law
Review 743 (1950)
- Ders. Per se rules and Boycotts under the Sherman Act:
Some reflections on the Klor's Case 45 VA Law
Review 1165 (1959)
- K a r s c h, Methodische Bedenken gegen Generalklauseln
im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchs-
aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
JZ 1965 S.625-631
- Report of the Attorney General's National Committee to
study the Antitrust Laws - Washington 1955
- Report of Special Subcommittee of Sherman Act Committee
(Antitrust Section of A.B.A.) 58 A.B.A. L.J.
731-805 (1969)
- S i t t n e r, Die Rechtssicherheit im Kartellrecht
WuW 1969 S.65
- S c h e u f e l e, Zur Spürbarkeit der "Marktbeeinflussung"
und der "Wettbewerbsbeschränkung"
AWD 1970 S.385-394

- S c h l i e d e r, Referat zum Problem der Kooperation,
Konzentration und Fusion von Unternehmen
im Gemeinsamen Markt Revue du
Marché Commun Nr.109(1968) S.215-225
- S c h l u e p, Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der
EWG-Kartellpolitik - Bern 1966
- Ders. Die Rule of Reason des amerikanischen Anti-
trustrechts und das schweizerische Kartell-
gesetz WUR 1966 S.36-73
- S c h m i d h ä u s e r, Strafrecht, Allg. Teil -Tübingen
1970
- S c h ö n k e -S c h r ö d e r, Strafgesetzbuch 15.Aufl.
München 1970
- S c h r ö d e r, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht
ZStW Bd.81(1969) S.7-28
- S c h w e n k, Die Rule of Reason und die "per se" Regel
im Amerikanischen Antitrustrecht
WuW 1957 S.339
- S p e n g l e r, Kommentar zu Art.85ff in Gemeinschafts-
kommentar. Vgl. dort
- S p o r m a n, Kommission der Europäischen Gemeinschaften
erleichtert Kooperation AWD 1968 S.285
- Ders. Die Entwicklung der europäischen Wettbe-
werbspolitik AWD 1970 S.156-162
- Ders. Die Aufweichung des Kartellrechts im Euro-
päischen Wettbewerbsrecht
- S t e c k h a n, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel
Saarbrücken 1967
- S t e i n d o r f f, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht
Frankfurt 1959
- Ders. Kooperation, Konzentrationen und Fu-
sionen von Unternehmen in der Kom-
mission der europäischen Gemeinschaf-
ten - Hindernisse auf Grund der ge-
meinschaftlichen Vorschriften über
Kartelle und marktbeherrschende
Stellungen RMC Nr.109 (1968) S.186-214

- S t e i n d o r f f, Die Wettbewerbsbeschränkung in Art.
85 Abs.1 EWGV und Art.65 §1 Montan-
vertrag. In: Europees Kartelrecht -
Antwerpen-Utrecht 1968 S.277ff
- Ders. Volle Wirksamkeit angemeldeter Wett-
bewerbsbeschränkungen in der EWG
BB 1969 S.980ff
- Ders. Zur Novellierung des Kartellrechts
BB 1970 S.824ff
- Ders. Anmerkung zu der Entscheidung des
EuGH vom 9.7.1969 RS 5/69
7 CMLR 83ff (1970)
- S t o c k i n g, The Rule of Reason, workable competition
and the legality of trade association
activities 21 Chic. Law Review 527 (1954)
- S t r e e, Beteiligung an einer Schlägerei - Anmerkung zu
BGHSt 16 S.130 JuS 1962 S.93-98
- T e s s i n, Anmerkung zu der Entscheidung des EuGH vom
13.7.66 RS 56 u.58/64 DB 66,1261
- T u r n e r, The definition of agreement under the Sher-
man Act: conscious parallelism and refusal to
deal. 75 Harvard Law Review 655 (1962)
- U l l r i c h, Anmerkung zu der Entscheidung des EuGH vom
18.3.1970 RS 43/69 GRUR Int. 1970 S.383
- U l m e r, P. Anmerkung zu den Entscheidungen des EuGH vom
9.7.69 RS 5/69 und RS 10/69 EuR 69 S.344ff
- Ders. Der sachliche Anwendungsbereich des EWG-
Kartellverbots - Jur. Analysen - Wirtschafts-
recht I 1970 S.5-33
- Ders. Europäisches Kartellrecht auf neuen Wegen.
Anmerkung zu der Entscheidung des EuGH vom
18.3.70 RS 43/69 AWD 70 S.193-98
- W a s s e r m e y e r, Die Beweislast im Zivilprozeß. Verhand-
lungen des 46. Deutschen Juristentags
München 1966 Bd. II Teil E
- W e i z e l, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. Berlin 1969

- W i l c o x, Competition and monopoly in American industry
TNEC Monographie 21 (1941)
- W i l e y, The per se illegality of price fixing: sans power
purpose or effect 19 Univ. Chic. L. Rev. 837 (1952)
- W o h l f a r t h u. a., Die Europäische Wirtschaftsgemein-
schaft - Kommentar zum Vertrag -
Berlin 1960

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
A.B.A. Antitrust Section	American Bar Association, Section of Antitrust Law
A.c.P	Archiv für die civilistische Praxis
ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Ge- meinschaften
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin (USA)
A W D	Außenwirtschaftsdienst des Be- triebs-Beraters
B B	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Strafsachen - Amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen - Amtliche Sammlung
Bull.EWG	Bulletin der Europäischen wirt- schaftsgemeinschaften
Calif.L.Rev.	California Law Review
CCH Trade Cases	Commerce Clearing House Trade Cases
Cah.dr.eur.	Cahiers de Droit Européen
C M L R	Common Market Law Review
Colum.L.Rev.	Columbia Law Review
D B	Der Betrieb
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH Rspr.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften

E u R	Europarecht
E W G	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
F.2d	Federal Reporter, Second Series
Fed.	Federal Reporter
Fed.Supp.	Federal Supplement
F T C	Federal Trade Commission
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
G R U R	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
G R U R I n t	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
G N B	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
J.C.P.	Juris Classeur Périodique
J.O.	Journal Officiel
J u S	Juristische Schulung
J Z	Juristenzeitung
K G	Kammergericht Berlin
L.ed	United States Supreme Court Reports Lawyer's Edition
L G	Landgericht
N J W	Neue Juristische Wochenschrift
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
O L G	Oberlandesgericht
R G	Reichsgericht
Rev.tr.dr.eur.	Revue Trimestrielle de Droit Européen
Riv.dir.eur.	Rivista di Diritto Europeo
R M C	Revue du Marché Commun
RS	Rechtssache
S.E.W.	Sociaal-Economische Wetgeving
StGB	Strafgesetzbuch

T N E C	Temporary National Economic Committee
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U S	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Code
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
W R P	Wettbewerb in Recht und Praxis
W U R	Wirtschaft und Recht (Schweiz)
W u W	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
Z H R	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Z P O	Zivilprozeßordnung
Z StJW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Z Z P	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Teil

Schwierigkeiten der Urteilsbildung im
EWG-Kartellrecht - Gefahren ihrer Nicht-
bewältigung.

1. Abschnitt

Probleme und Lösungsversuche

Eine R e c h t s - Entscheidung hat mehreren Anforderungen zu genügen. So ist sie zunächst an dem Maßstab der Gerechtigkeit zu messen. Da Kern aller Gerechtigkeit die Gleichheit ist ¹⁾, muß der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt nach den gleichen Maßstäben beurteilt werden, die in vergleichbaren früheren Fällen die Urteilsbildung leiteten. ²⁾ Eine gleichförmige Rechtsanwendung ist deshalb nur möglich, wenn die urteilsleitenden Maßstäbe genügend scharf umrissen und für die rechtsanwendende Stelle wie für den Entscheidungsadressaten klar erkennbar sind. ³⁾

Aus dem Erfordernis der "Gerechtigkeit" ergibt sich auch, daß die Entscheidung richtig sein muß. "Richtig" bedeutet, daß die im Tatbestand zur Beurteilung von Sachverhalten angegebenen Bewertungskriterien erkannt werden müssen und entsprechend dieser Erkenntnis auf den Sachverhalt angewendet werden müssen. "Richtig" muß aber auch die Erfassung des Sachverhaltes sein ⁴⁾. Schließlich ist eine Entscheidung auch noch an der Dauer des sie hervorbringenden Rechtsfindungsprozesses zu messen. Ist die Zuständigkeit einer Behörde zur Beurteilung eines bestimmten Sachverhaltes begründet, so muß eine Entscheidung in "angemessener" Zeit gewährt werden ⁵⁾.

A.

Bei Durchsicht der zu Art. 85 Abs. 1 ergangenen Entscheidungen - und hier insbesondere der Kommissions-Entscheidungen - wird deutlich, welche Schwierigkeiten es macht, g e r e c h t e E n t s c h e i d u n g e n i n a n g e m e s s e n e r Z e i t zu fällen.

beschleunigen.

3. Gemäß dem dritten Gesamtbericht der Europäischen Gemeinschaften, wurden 1969 13 Entscheidungen, gemäß dem vierten Gesamtbericht S. 21 wurden 1970 15 Entscheidungen erlassen. Vom Verfasser wurden für das Jahr 1969 10, für das Jahr 1970 7 Entscheidungen gezählt. Diese Zahlen sind allerdings nur beschränkt aussagekräftig, da eine beträchtliche Anzahl von Verfahren ohne Entscheidung abgeschlossen wurde. So wichtig und angemessen es für eine Verwaltungsbehörde auch ist, in Verhandlungen mit den Unternehmen zu einer befriedigenden Lösung zu kommen, so sollte doch - allein schon aus Publizitätsgründen - die formelle Entscheidung nicht zu sehr in den Hintergrund treten. Für ein ausgewogenes Verhältnis von "Einstellungen" und Entscheidungen plädiert auch N a s s , EuR 70 S. 100, 123.
4. Vgl. dazu im einzelnen unten dritter Teil S. 82, Anm 4
5. Vgl. zur Qualifikation der Zwischenstaatlichkeitsklausel im einzelnen unten dritter Teil S. 96, Anm 1
6. Entscheidung vom 23.12.1970 (Supexie) ABLEG 1971 Nr. L 10 S. 12.
7. Vgl. dazu im einzelnen unten S. 75
8. EuGH Urteil vom 9.7.1969 RS 5/69 (Völk) EuGH Rspr. XV S. 295/302 "Eine Vereinbarung wird daher von der Verbotsvorschrift des Art. 85 nicht erfaßt, wenn sie den Markt mit Rücksicht auf die schwache Stellung der Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse nur geringfügig beeinträchtigt". Kommission, Bekanntmachung vom 27.5.1970 (sogenannte Bagatell-Bekanntmachung) ABLEG 1970 Nr. C 64 S. 1: "Vereinbarungen sind vielmehr nur

verboten, wenn sie spürbare Auswirkungen auf die Marktverhältnisse haben ...".

Zu Seite 3

1. Die Kommission formuliert den Rechtszustand allerdings anders: Sie bestimmt die Spürbarkeit rein quantitativ, räumt aber ein, daß auch qualitative Elemente zu berücksichtigen sind. Vgl. Bagatell-Bekanntmachung a.a.O.: "Die von der Kommission gegebene quantitative Definition der Spürbarkeit hat jedoch keine ausschließliche Bedeutung; vielmehr ist es im Einzelfall durchaus möglich, daß auch Vereinbarungen zwischen Unternehmern, die oberhalb der unten aufgeführten Stellen liegen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb u.U. nur geringfügig beeinträchtigen und deshalb nicht unter Art. 85 Abs. 1 fallen".
2. Dazu näher unten S.9
3. Die schärfste Kritik kam bisher von T.O. M o s s in Le Monde vom 15.12.1970: "... la commission n'a pas fixé d'objectif valable à sa politique de concurrence. Elle ne s'est pas tenu à ce qu'elle s'était fixé. Non seulement elle s'est refusée à concevoir globalement une politique de la concurrence mais elle a délibérément limité au minimum les moyens d'intervention dont elle dispose; et plus on a parlé de compétitivité des entreprises, moins on a parlé de concurrence". Auch S t e i n d o r f f BB 1969 S. 980, 981 rügt, daß die Kommission hinter ihren Pflichten zurückhinke.
4. S t e i n d o r f f BB 1969 S. 981; E v e r l i n g , Festschrift für Ophüls S. 44; M a r k e r t , EuR 1970 S. 364; H o l d e r b a u m , EuR 1967 S. 116 ff.
5. Antwort vom 19.6.1970 auf die Anfrage Nr. 45/70 vom

"Der Verwaltungsaufbau der für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissionsstellen ist darauf eingerichtet, die Kohärenz der allgemeinen Wirtschaftspolitik sowie die Beachtung der 1962 mit der VO Nr. 17 eingeführten Verfahrensregeln zu gewährleisten. Eine Erweiterung dieser Dienststellen wird z.Z. vorbereitet".

Ob mit einer bloßen Erweiterung der bisher bestehenden Dienststellen ohne eine grundlegende Neuorganisation der Behörden die anstehenden Probleme bewältigt werden können, ist zumindest zweifelhaft.

II. Ein weiterer Grund für die Schwierigkeiten der Urteilsbildung liegt in der Materie als solcher begründet. Es müssen die wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge beurteilt werden, in denen die getroffene Vereinbarung eingebettet ist;¹⁾ darüber hinaus müssen häufig hypothetische Kausalverläufe festgestellt und bewertet werden²⁾.

Im Gewande einer Rechtsentscheidung und mit Mitteln der Rechtsprechung werden wirtschaftspolitische Entscheidungen getroffen. Dieser Umstand führt notwendig zu nicht zu unterschätzenden Schwierigkeiten³⁾.

III. Zu betonen ist schließlich der Mangel an Entscheidungshilfe, die der rechtsanwendenden Behörde durch Art. 85 gewährt wird. Eine Rechtsentscheidung kann nicht gefunden werden, ohne eine klare Weisung im Tatbestand, welcher Sachverhalt nach welchen Kriterien bewertet werden soll⁴⁾. Diese typische^{5), 6)} Schwierigkeit wirtschaftsrechtlicher Generalklauseln darf als die Hauptursache für die Schwierigkeiten der Urteilsbildung bezeichnet werden.

C.

Lösungsmöglichkeiten der Schwierigkeiten
der Urteilsbildung.

Die Zahl der Lösungsmöglichkeiten ist mindestens so groß wie die der aufgezeigten Gründe für die Schwierigkeiten. Im Vordergrund stehen dabei zwei sich ergänzende Mittel zur Rationalisierung und Erleichterung des Entscheidungsprozesses: Einmal kann versucht werden, mit Mitteln des Beweisrechts den Umfang der Tatsachenermittlungen zu begrenzen und die Bewertung der festgestellten Tatsachen zu erleichtern. Zum anderen besteht die Möglichkeit, durch Präzisierung der Tatbestandsmerkmale Richtlinien zu liefern, welche Tatsachen zu ermitteln sind und nach welchen Kriterien sie zu bewerten sind.

I. Die hier interessierenden Mittel des Beweisrechts sind die Beweislastnormen ¹⁾ und Beweisregeln. Zur ersten Gruppe gehören vor allen Dingen die Vermutungen ²⁾, Sie können entweder auf Gesetz beruhen oder auf "freier, richterlicher Rechtsfortbildung" ³⁾. Das EWG-Kartellrecht kennt bereits einige Vermutungen ⁴⁾, und es wird Aufgabe vor allen Dingen der Rechtsprechung und der Verwaltungspraxis sein, das bestehende Instrumentarium weiter zu vervollkommen, zumal die Entwicklung von Beweislastregeln häufig eine Vorstufe zur weiteren Präzisierung der Tatbestandsmerkmale darstellt.

Unter den Beweisregeln ist vor allen Dingen der sogenannte Anscheinsbeweis von Bedeutung ⁵⁾. Der Anscheinsbeweis erlaubt es der rechtsanwendenden Stelle Erfahrungsgrundsätze zu verwenden, die sie entweder auf Grund eigener Erfahrung oder durch Vermittlung Dritter gewonnen hat. Die Berücksichtigung derartiger Erfahrungsgrundsätze stellt eine immanente Schranke des allgemeinen Prinzips der freien Beweiswürdigung dar ⁶⁾. Bei der Berücksichtigung von Erfahrungsgrundsätzen im Kartellrecht ist allerdings Vorsicht geboten, da sie meistens

identisch sind mit volkswirtschaftlichen Theorien, die sich bisweilen widersprechen und durch Abstraktion bestimmter Umstände von der Wirklichkeit gewonnen wurden ¹⁾.

II. Die zweite Möglichkeit, den Entscheidungsprozeß zu vereinfachen, besteht in einer Präzisierung der Tatbestandsmerkmale. Im Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 steht hier der Begriff der Beschränkung des Wettbewerbs bisher ganz im Vordergrund. Seine Präzisierung erfolgte sowohl durch "abstrakte" Auslegung als auch durch "Konkretisierung" ²⁾.

Wie eine wünschenswerte Konkretisierung vor sich gehen sollte, beschreibt sehr anschaulich R i t t - n e r ³⁾: "Das Konkretisierungsgeschäft wird über eine Vielzahl von Einzelerfahrungen zunächst zu Einzelentscheidungen, dann zu Entscheidungen mit einem gewissen Präzedenzcharakter und über diese zur Bildung von typischen Fallgruppen führen". Die EWG-Kommission hat einen etwas anderen Weg der Konkretisierung gewählt, in dem sie sehr schnell zu Entscheidungen mit "Präzedenzcharakter" gelangt ist ⁴⁾. Dieses Verfahren hat allerdings weniger dazu geführt, den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 zu erhellen, als vielmehr anstelle der Tatbestandsmerkmale Entscheidungen zu setzen, die häufig sehr formal gehalten sind und in ihrer Begründung nicht immer voll überzeugen ⁵⁾. Anstelle einer v o r e i l l i g e n Konkretisierung sollte deshalb das Bemühen treten, generelle Maßstäbe zu gewinnen, die die nötige Abstraktionshöhe erreichen, um dem Tatbestand einen festen Rahmen zu geben und so eine vorsichtige Konkretisierung

ermöglichen ¹⁾.

Die folgende Untersuchung wird sich bemühen, die Merkmale "Bezwecken" und "Bewirken" näher zu präzisieren, um so das Urteil, wann eine relevante Beschränkung vorliegt, zu erleichtern. Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung, von dem dabei ausgegangen wird, soll zuvor kurz skizziert werden.

2. Abschnitt

Beschränkung des Wettbewerbs

Die Bemühungen, dieses Merkmal zu bestimmen, können sich sowohl konzentrieren auf die Erfassung des Begriffs "Wettbewerb" als auch den der "Beschränkung".

A. Üblicherweise wird versucht, den **W e t t b e w e r b** so zu definieren, daß es ohne größere Schwierigkeiten möglich sein soll, an ihn das Beschränkungsurteil anzuknüpfen ²⁾. Diesem Gedanken entspricht die These, der Wettbewerbsbegriff müsse praktikabel sein ³⁾.

B. Konzentrieren sich hingegen die Überlegungen auf den Begriff der **B e s c h r a n k u n g**, so reicht es aus, wenn das Phänomen Wettbewerb nur so weit beschrieben wird, daß das Beschränkungsurteil überhaupt einen Anknüpfungspunkt hat. Letztlich bedeutet dies den Verzicht auf eine Detail-Definition des Wettbewerbs. Rechtfertigen läßt sich dieses Vorgehen damit, daß sich die bisherigen Bemühungen um die Erfassung des Begriffs "Wettbewerb" als unfruchtbar erwiesen haben ⁴⁾. Es reicht dann aus, die Freiheiten der Marktteilnehmer herauszustellen und u.U. näher zu bestimmen, die unstreitig Voraussetzung jeden Wettbewerbs sind ⁵⁾.

Die Frage konzentriert sich nun darauf, wann eine relevante Beschränkung dieser Freiheiten vorliegt.¹⁾ Die alleinige Zuordnung dieser Bewertungsfrage zu dem Begriff der Beschränkung hat den Vorteil, daß vermieden wird, über einen "irgendwie" gewonnenen Begriff des Wettbewerbs Wertungen in das Gesetz hineinzutragen, die in der entscheidungserheblichen Norm selbst keine Stütze finden. Es wird im Gegenteil klar herausgestellt, daß eine Wertung nötig ist, und daß hierfür ganz bestimmte Maßstäbe gefunden werden müssen.²⁾ Baue³⁾ versucht das aufgezeigte Problem zu umgehen, indem er zunächst die maßgebenden Wertungsgesichtspunkte der Norm herausarbeitet und diese dann in einer "Rechtsfigur" Wettbewerb zusammenfaßt. Dieses Vorgehen deckt sich im Ergebnis mit der hier vorgeschlagenen Lösung, hat aber den Nachteil, daß sie den ursprünglich den Wirtschaftswissenschaften zuzuordnenden Wettbewerbsbegriff ohne Not verrechtlicht und ihm von vornherein seine eigene Aussagekraft nimmt, indem er entsprechend der jeweiligen im Gesetz enthaltenen Wertung gebildet wird.

C. Wann der Freiheitsraum der Marktteilnehmer relevant beschränkt wird, ergibt sich u.a. aus den Funktionen, die das Wettbewerbsprinzip in den Europäischen Gemeinschaften erfüllen soll: Es soll eine ausreichende wirtschaftliche Freiheit gewährleisten⁴⁾, es soll wirtschaft-

lichen Fortschritt garantieren ¹⁾, weiter soll der Wettbewerb als "Integrationshebel" dienen ²⁾; schließlich hat der Wettbewerb ganz allgemein eine Ordnungsfunktion: Er ist ein "Prozeß der Koordinierung ohne staatliche Lenkung". ³⁾.

Daß nur Freiheitsbeschränkungen von einiger Erheblichkeit (Spürbarkeit) ⁴⁾ relevante Beschränkungen im Sinne des Art. 85 Abs. 1 sind, läßt sich aus der Systematik des Gesetzes und der Bedeutung des Wettbewerbs, die u.a. in ihren Funktionen zum Ausdruck kommt, begründen. ⁵⁾ Würde jede Freiheitsbeschränkung als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 angesehen, so würde sich die eigentliche Bewertung der zu beurteilenden Vereinbarung an den zu erwartenden wirtschaftlichen Auswirkungen, die im Abs. 3 angesprochen sind, orientieren. Die vom Gesetzgeber aufgestellte Vermutung, daß der Wettbewerb langfristig auch für den größtmöglichen wirtschaftlichen Fortschritt sorgt, würde damit nicht nur widerlegt (was durchaus zulässig ist), sondern praktisch beiseite geschoben.

Muß hingegen eine Freiheitsbeschränkung von einiger Erheblichkeit sein, um den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 zu erfüllen, so wird die rechtsanwendende Behörde gezwungen, sich mit dem Problem des Wettbewerbs näher auseinanderzusetzen. Würde nach einer derartigen Prüfung der Tatbestand des Abs. 1 bejaht, dürfte es der rechtsanwendenden Behörde nicht mehr so leicht wie bisher fallen, Freistellungen auf Grund kurzfristiger und höchst zweifelhafter Überlegungen im Rahmen des Abs. 3 zu gewähren ⁶⁾.

Bisweilen wird das Erfordernis eines Spürbarkeitstests- auch verwaltungstechnisch begründet : nur so sei es der Kommission möglich, bei der Fülle der zu beurteilenden Vereinbarungen , sich auf die erheblichen Fälle zu konzentrieren ^{1), 2)}. Daß als relevante Beschränkung grundsätzlich auch jede Beschränkung der Freiheiten Dritter in Frage kommt, ist inzwischen geklärt und braucht nicht näher erläutert zu werden.

Der hier vertretene Begriff der Wettbewerbsbeschränkung bringt gegenüber der Auffassung, die in jeder Freiheitsbeschränkung eine Wettbewerbsbeschränkung sieht, Schwierigkeiten mit sich, die sowohl auf dem Gebiet der Ermittlung des Sachverhaltes als auch auf dem der Bewertung dieses Sachverhalts liegen. Diese Schwierigkeiten können vermindert oder zumindest auf ein erträgliches Maß beschränkt werden, wenn die Merkmale "Bezwecken" und "Bewirken" eine Auslegung erfahren, die den Entscheidungsprozeß in einem Höchstmaß rationalisiert. Um die Reichweite der Merkmale zu bestimmen, wird es sich als sinnvoll erweisen, einmal zu untersuchen, welche Bedeutung dem Zweckmerkmal im amerikanischen Antitrustrecht zukommt.

2. Teil

Der Zweck im amerikanischen Antitrust Recht -
am Beispiel des "Exchange of Information".

1. Abschnitt

Grundlagen für die folgenden Fall-
Analysen.

1. Kapitel

Rechtsgrundlagen

A.

Die wichtigsten Gesetze, die für die Beurteilung des Informationsaustausches herangezogen werden, sind der Sherman Act ¹⁾, der Clayton Act ²⁾ und Section 5 des Federal Trade Commission Act ³⁾. Diese Vorschriften unterscheiden sich in ihren einzelnen Tatbestandsmerkmalen und in ihrem Anwendungsbereich zwar, sie stimmen aber insoweit überein, als sie alle den Wettbewerb schützen sollen. Section 5 des Federal Trade Commission Act ⁴⁾ gewährt der Antitrust-Behörde dabei besonders weitgehende Eingriffsbefugnisse, da unter "unfair methods of competition" auch jeder Verstoß gegen den Sherman- oder Clayton Act verstanden wird ⁵⁾. Für die folgende Untersuchung wird vor allen Dingen Section 1 des Sherman Act von Bedeutung sein:

"Every contract, combination in the form
of trust or otherwise, or conspiracy in
restraint of trade or commerce among the
several states, or with foreign nations,
is hereby declared to be illegal ..."

Diese Generalklausel ⁶⁾ ist Gegenstand zahlloser Auslegungs- und Konkretisierungsversuche gewesen, die allerdings nur teilweise zu einem Erfolg geführt haben.

B. Der Tatbestand des Sherman Act -Section 1

Im Mittelpunkt steht hier der Satzteile: "Every ... restraint of trade ..." Wenn auch, wie N e e a l e zutreffend feststellt ⁷⁾ diese Worte nicht abstrakt ausgelegt werden können, so ist es doch möglich, einige Gesichtspunkte aufzuzeigen, die für die Anwendung der Section 1 des Sherman Act stets zu beachten sind.

I. Restraint of Trade

Zunächst ist anerkannt, daß der Begriff "restraint of trade" als restraint of competition zu verstehen ist¹⁾. Der Wettbewerb ist beschränkt, wenn die marktrelevanten Freiheiten eines Wirtschaftssubjekts eingeschränkt sind²⁾.

Geklärt ist auch, daß die Freiheitsbeschränkung von einigem Gewicht sein muß, um ein Verbot nach dem Sherman Act zu begründen³⁾. Begründet wird diese Ansicht fast einheitlich damit, daß das Wörtchen "every" nicht wörtlich sondern im Sinne von "undue" aufzufassen sei⁴⁾. Sinnvoller wäre es allerdings gewesen, dieses Ergebnis durch eine entsprechende Auslegung des Begriffes der Beschränkung (restraint) zu gewinnen⁵⁾. Am Ergebnis ändern diese verschiedenen Begründungsmöglichkeiten allerdings nichts.

II. Die Rule of Reason

Um den vagen Begriff "undue" näher zu bestimmen, wurde die sogenannte Rule of Reason in das Antitrust-Recht eingeführt bzw. aus dem Common Law übernommen⁶⁾. Was "reasonable" ist, ist freilich nicht viel leichter zu beantworten als die Frage nach dem Inhalt von "undue"⁷⁾.

Ganz allgemein kann gesagt werden, daß die Rule of Reason wohl eine doppelte Bedeutung hat: Einmal bestimmt sie materiell, was "undue" ist, zum anderen ist aus ihr zu entnehmen, wie eine Wettbewerbsbeschränkung festzustellen ist⁸⁾.

1. Die Rule of Reason als materieller Standard.

Bei allen Unklarheiten haben sich einige wenige anerkannte Gesichtspunkte herausgebildet. So steht es heute fest, daß eine Wettbewerbsbeschränkung nicht dadurch reasonable wird, daß sie wirtschaftlich vorteilhafter ist⁹⁾. Reasonable ist hingegen nur eine solche Wettbewerbsbeschränkung, die entweder unerheblich ist oder in sonstiger Weise für den Wettbewerb als solchen von Vorteil ist¹⁰⁾. Allerdings stellt sich jetzt die Frage, wann der Wettbewerb über Gebühr eingeschränkt ist, und diese Frage läßt sich im Grunde nur beantworten, wenn klar ist, welche

Wettbewerbsart oder welcher Grad von Wettbewerb durch die Antitrust-Gesetze geschützt werden sollen. Man hat vorgeschlagen, hier das Konzept des "workable competition" zu Grunde zu legen¹⁾; dagegen hat sich aber mit Recht Stocking²⁾ gewandt, da dieses Konzept seinerseits wiederum nur Unsicherheit in das Antitrust-Recht einführe, und selbst bisher noch keineswegs begrifflich festgelegt ist³⁾.

Da die amerikanische Rechtssprechung sich bei der Beurteilung von Wettbewerbsverstößen fast ausschließlich an Einzelkriterien, die für spezielle Fallgruppen aufgestellt werden, orientiert und dabei nur in den seltensten Fällen auf einen abstrakten Wettbewerbsbegriff zurückgreift, soll auch hier der Frage nach dem "richtigen" abstrakten Wettbewerbsverständnis nicht näher nachgegangen werden.

2. Die Rule of Reason als Feststellungsprinzip.

Ein zweiter Aspekt der Rule of Reason wird deutlich in den Prinzipien, die entwickelt wurden für die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung.

a) Im allgemeinen werden die zu beurteilenden Abreden einem **v i e r f a c h e n T e s t** unterworfen: Effect, motive, necessary tendency, ^{market}power⁴⁾. Diese Tests werden selten klar voneinander geschieden, sondern meist kumulativ geprüft (das wird im folgenden noch näher dargestellt).

b) Ein weiteres nach der Rule of Reason zu beurteilendes Problem ist, wie die oben erwähnten vier Tests im einzelnen durchzuführen sind. Die Zahl der Umstände, die bei der Beurteilung einer Abrede berücksichtigt werden können, ist nämlich unendlich groß; es muß deshalb eine Grenze gezogen werden, die die relevanten von den nicht relevanten Umständen trennt.

Für die Grenzziehung kommen verschiedene Gesichtspunkte in Betracht, so wird z.B. auf die **Z i e l e** des Antitrust-Rechts abgestellt⁵⁾: ist es das Ziel, eine bestimmte Marktstruktur aufrecht zu erhalten, so ist die Abrede auf ihre Strukturbeeinflussung hin zu untersuchen; ist

es dagegen das Ziel, ein bestimmtes Verhalten im Wirtschaftsleben zu sichern, so ist ein Verhaltenstest durchzuführen; wieder ein anderes Ziel könnte es sein, das Brutto-Sozialprodukt zu vermehren - in diesem Falle wäre ein sogenannter Performance-Test durchzuführen¹⁾. Nach Ansicht von Bork²⁾ ist es das Ziel, den Verbraucherwohlstand zu steigern; folglich ist dann die Auswirkung der Abrede auf die Verbrauchersituation zu untersuchen. Nicht auf ein Ziel festlegen wollte sich Justice Brandies³⁾, der dann die Einwirkung auf alle möglichen Ziele zu prüfen hatte, um dann anschließend zwischen diesen Zielen zu wählen.

Ein anderer Gesichtspunkt, der für die oben erwähnte Grenzziehung herangezogen wird, ist die Durchsetzbarkeit des Antitrust-Rechts⁴⁾.

Auch hier sind abstrakte Antworten auf die aufgeworfenen Fragen wenig sinnvoll; erst die Fallanalyse wird zeigen, welche Gesichtspunkte der Supreme Court im Einzelfall für ausschlaggebend hielt.

3. Typen der Rule of Reason

Man hat versucht, in den etwas undurchsichtigen Rechtszustand Ordnung zu bringen, indem man die verschiedenen, sich überschneidenden Gesichtspunkte in einzelnen Typen zusammengefaßt hat⁵⁾. Diese Typenbildung, die hier nicht weiter untersucht werden kann, ist jedenfalls sinnvoller als zu versuchen, die Rule of Reason an einen einzelnen abstrakten Gesichtspunkt zu binden.

4. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt hier nur festzuhalten, daß das tragende Prinzip des amerikanischen Antitrust-Rechts - die Rule of Reason - abstrakt nur unscharf erfaßt werden kann und seine Konkretisierung im jeweiligen Einzelfall bzw. Falltyp zu erfolgen hat.

III. Die Per Se - Rule

Zu erwähnen sind noch die sogenannten per se-rules; sie wurden entwickelt, um der vagen rule of reason ein feste-

res Fundament zu geben. Da die rule of reason sowohl einen materiellen als auch einen prozessualen Aspekt hat, ist es umstritten, auf welchen dieser Aspekte sich die per se-rules beziehen. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, daß sie rein beweisrechtlichen Charakter haben, da schon beim Vorliegen einzelner weniger Umstände ein Verbot der Abrede ausgesprochen werden kann¹⁾.

Es ist versucht worden, den Inhalt der per se-rule abstrakt zu bestimmen. So die berühmte Formulierung in Northern Pacific²⁾:

"There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition or lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without the inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use".

Etwas genauere Kriterien finden sich in der Container Entscheidung³⁾, in der Justice Marshall in seiner dissenting opinion einige Merkmale anführt, die von Kayser und Turner entwickelt wurden⁴⁾:

"They are justified on the assumption that the gains from imposition of the rule far outweigh the losses and that significant administrative advantages will result ... If the potential benefits in the aggregate are outweighed to this degree than they (i.e. practices) are simply not worth identifying in individual cases".

Im übrigen hat man sich nicht sehr lange bei abstrakten Definitionen aufgehalten, sondern ist sehr bald zu Typenbildung gelangt⁵⁾.

Die Wirkungsweise dieser per se-rules ist unklar. Normalerweise werden sie als sogenannte unwiderlegbare Vermutungen angesehen. D.h.: kann z.B. eine Preisabrede bewiesen werden, so ist diese Abrede verboten, ohne daß es auf ihre Wirkungen auf das Marktgeschehen im einzelnen ankommt⁶⁾.

Nach anderer Ansicht werden die per se Verstöße bereits nach geltendem Recht wie widerlegbare Vermutungen behandelt¹⁾. Montague meint sogar, die per se rules unterschieden sich von dem rule of reason Test nur durch ihre Bezeichnung²⁾; diese Ansicht hat viel für sich, denn bei der Aufstellung der Vermutungsbasis werden praktisch all die Überlegungen angestellt, die normalerweise ihren Platz in der rule of reason haben.

IV. Abgrenzung: rule of reason - per se rules

Aus dem Vorangegangenen ergibt sich, daß eine klare Abgrenzung fast unmöglich ist³⁾. Immerhin kann man aber sagen, daß es theoretisch bei einem per se Verstoß weder auf Marktmacht, noch auf eine Beschränkungsabsicht ankommt⁴⁾, noch auf einen Markteffekt⁵⁾.

In der Praxis läßt sich diese Unterscheidung aber nicht aufrecht erhalten und so ist Blake a.a.O. zuzustimmen, wenn er meint, man müsse bei jedem einzelnen Fall gesondert feststellen, welche Merkmale für die Entscheidung relevant seien und welche nicht.

Im folgenden wird deshalb unabhängig von der Frage, ob ein per se Verstoß vorliegt oder ob ein Test nach der rule of reason zu erfolgen hat, untersucht, welche Funktion das Merkmal Zweck⁶⁾ bei der Beurteilung von Antitrust-Fällen hat und wie dieser Zweck festgestellt wird.

2. Kapitel

Die Funktion des Zwecks

Hier soll zunächst nur ein grober Überblick gegeben werden.

A. Funktion: praktisch

I. Ist der A n k n ü p f u n g s t a t b e s t a n d (contract, combination, conspiracy) zweifelsfrei gegeben, so dient der Zweck dazu, das jeweilige Zusammenwirken zu bewerten. Soweit ein direktes "Zweckverbot" in Frage kommt, ist die Funktion des Zwecks unproblematisch; bei einem per se Verbot ist die Funktion des Zwecks aber bereits umstritten. Meale⁷⁾ beispielsweise

sieht das per se Verbot allein in dem verwerflichen Zweck begründet; die überwiegende Meinung allerdings stützt die per se Verbote auf einen vermuteten Effekt.

Unklar ist auch die Bedeutung des Zwecks bei einem "Effektverbot". Es ist an den Fall zu denken, daß ein Effekt (i.e. ein gleichförmiges, marktrelevantes Verhalten der an der Vereinbarung Beteiligten)¹⁾ festgestellt ist. Der Zweck spielt dann zunächst eine Rolle im Rahmen der Kausalität: kann ein auf das gleichförmige Verhalten gerichteter Zweck festgestellt werden, so ersetzt oder erleichtert er die Feststellung der Kausalität zwischen der Vereinbarung und dem zu beurteilenden Verhalten; weiter wird bisweilen der Zweck neben der Kausalität verlangt, wenn die Wirkungen "remote" sind.

Nicht ganz scharf zu trennen von den bereits erwähnten Funktionen ist der Zweck in seiner Eigenschaft als Bewertungsmerkmal. Es ist an den Fall zu denken, daß Effekt und Kausalität festgestellt sind; dann gilt es noch diesen Effekt nach den Grundsätzen der rule of reason zu bewerten. Hierbei spielt der Zweck bisweilen eine überragende Rolle²⁾. Soweit der Zweck bereits im Rahmen der Kausalität geprüft wurde, ist er nun selbst Gegenstand einer weiteren Bewertung.

Jetzt ist etwa zu berücksichtigen, ob das Marktverhalten nötig ist, um unfaire Geschäftsmethoden zu unterbinden oder um den Markteintritt für einen "new-comer" zu ermöglichen.

II. Für den Fall, daß ein Anknüpfungstatbestand nicht zweifelsfrei feststeht, wird der Zweck herangezogen als konstitutives Merkmal einer sogenannten "conspiracy"³⁾.

B. Funktion: dogmatisch

Ob, und wenn ja, welche selbständige dogmatische Funktion dem Zweck zukommt, ist bisher nicht klar herausgearbeitet worden. Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob eine schärfere Erfassung dieses Merkmals überhaupt sinnvoll ist. Diese Frage kann erst am Schluß der Unter-

suchung beantwortet werden. Hier sei nur bemerkt, daß es zumindest ein Widerspruch ist, ständig die Merkmale "purpose" und "effect" in den Entscheidungen klar getrennt herauszustellen, um dann hinterher anscheinend nach Belieben diese Merkmale zu vermischen.

Es stellt sich also folgendes Problem: gibt es für "purpose" einen selbständigen Bereich, der nach Inhalt und Feststellungsmethode zu bestimmen ist, und der die Zweckprüfung in bestimmten Fällen vorschreibt, in anderen wiederum verbietet.

Ganz allgemein gibt es zu diesen Fragen zwei entgegengesetzte Ansichten.

I. Neale¹⁾ bezeichnet den Zweck als das Hauptkriterium bei der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung. Mit dieser Ansicht trägt Neale der Tatsache Rechnung, daß praktisch in jedem Antitrust-Fall an irgendeiner Stelle mal auf den Zweck zurückgegriffen wird.

Diese Konstruktion ist zwar möglich²⁾, eine andere Frage ist aber, ob sie sinnvoll ist, denn sie erfordert eine objektivierte Zweckdefinition³⁾, da eben auch nicht übersehen werden kann, daß in so gut wie allen Antitrust-Fällen auch die Marktauswirkungen geprüft werden.

II. Diese Tatsache ist dann auch die Ursache für die zweite (überwiegende) Auffassung, es komme vornehmlich auf den Effekt an⁴⁾:

Weder mehr akademische Streit - die Vertreter beider Ansichten prüfen regelmäßig Zweck und Effekt - soll hier auf sich beruhen⁵⁾.

2. Abschnitt

Exchange of Information

1. Kapitel

Überblick, Grund und Gang der Untersuchung.

a. Die Absprachen und ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung.

1. Forum es bei dem Informationsaustausch geht, zeigt ganz deutlich die Entscheidung American Column and Pencil⁶⁾: in diesem Fall befaßt

sich der Supreme Court nach seinen eigenen Worten¹⁾ zum erstenmal mit der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung eines umfassenden Informationsaustausches²⁾.

Eine große Anzahl amerikanischer Holzfabrikanten, die für etwa ein Drittel der Holzproduktion in den Vereinigten Staaten verantwortlich waren, betrieben ihre Geschäfte im Schutze eines sogenannten Open Competition Plan: einer Zentrale wurden Informationen geliefert und diese Informationen wurden dann - häufig kommentiert - weitergeleitet; außerdem wurden "meetings" organisiert, bei denen die Geschäftsstrategie im einzelnen diskutiert wurde.

Im einzelnen:

An die Zentrale wurden täglich die einzelnen Verkäufe mit Namen der Kunden, Art der Ware und allen getroffenen Vereinbarungen weitergegeben. Ebenso wurden Kosten und Bedingungen des Transportes übermittelt.

Monatlich wurde ein Überblick über die Produktion und die Lagerbestände geliefert und schließlich übergab man auch am Monatsanfang die jeweils gültigen Preislisten.

Die Zentrale ihrerseits übermittelte diese Daten in bestimmter Form und zu festgelegten Zeiten ihren Mitgliedern. Zusätzlich verschickte sie zu geeigneter Zeit sogenannte market report letters, die hießen auf "changes in conditions both in the producing and consuming sections, giving a comparison of production and sales, and, in general, an analysis of the market conditions³⁾".

Außerdem war durch weitere Vorkehrungen gesichert, daß nicht nur Daten über vergangene Geschäftsabläufe sondern auch solche, die die zukünftige Entwicklung betrafen, mitgeteilt wurden.

Dieser Plan wurde mit 6 zu 3 Stimmen als rechtswidrig erkannt, wobei entscheidender Verbotsgrund der wettbewerbsbeschränkende Zweck war⁴⁾, obwohl die Holzfabrikanten behaupteten: "The purpose of the "plan" is to disseminate among members accurate knowledge of pro

duction and market conditions so that each member may gauge the market intelligently instead of guessing at it; to make competition open instead of secret and concealed ...¹⁾.

II. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Informationsaustausches im allgemeinen ist strittig und hängt sehr von den einzelnen Umständen ab. Im folgenden soll nur ein Überblick über den Stand der Meinungen gegeben werden, ohne näher auf die materiellen wettbewerbsrechtlichen Fragen einzugehen.

Wettbewerbsrelevant werden diese Austauschverträge dadurch, daß sich mehrere selbständige Wirtschaftssubjekte, die miteinander in Wettbewerb stehen, zusammenfinden, um "schwierige" Wettbewerbssituationen zu meistern²⁾.

Bis vor kurzem hielt der Supreme Court reine Informationsaustausch-Verträge - jedenfalls theoretisch - für per se legal; so führt er in *Maple Flooring*³⁾ aus: "Competition does not become less free because the conduct of commercial operations becomes more intelligent through the free distribution of knowledge⁴⁾".

Die Literatur war hingegen in der richtigen Erkenntnis, (was auch die vorliegenden Entscheidungen zeigen), daß nämlich "reine" Informationsaustauschverträge praktisch sehr selten sind, zurückhaltender in der Beurteilung dieser Vereinbarungen. So bekennt Lyon⁵⁾: "Such system may tend strongly to lessen competition or greatly to facilitate it" und Oppenheim⁶⁾ folgert hieraus, daß diese Verträge nur dann dem Verbot des Sherman Act entgehen können, wenn ihre positiven Auswirkungen auf den Wettbewerb dargetan werden⁷⁾. Für ganz und gar wettbewerbskonform halten hingegen Lamb und Kittelle den Informationsaustausch⁸⁾.

Zu einer sehr strengen Beurteilung ist inzwischen der Supreme Court gelangt⁹⁾, der auf Grund bestimmter objektiver Umstände - nämlich oligopolistischer Marktstruktur und Austauschbarkeit der betroffenen Waren -

einen Informationsaustausch-Vertrag ohne weitere Untersuchungen für unzulässig erklärte. Ob damit die Informationsaustausch-Verträge in die Kategorie der per se Verbote einzugliedern sind, ist strittig¹⁾.

Ganz aufschlußreich sind schließlich einige Äußerungen derjenigen, die entscheidend an der Entwicklung dieser "new form of competition" mitgearbeitet haben. Eddy²⁾, der das Informationsaustausch-System in American Cattle and Horse³⁾ entworfen hat, äußert sich in folgender Weise über den Wettbewerb: "So far from posing progress competition stays and hinders it. Rightfully viewed there is not a single good result accomplished by man in economics ... that should not be attained by intelligent and far-sighted co-operation". Noch deutlicher drücken sich Stevenson, Jordan und Harrison aus, die für das System in Salt Producers' Association⁴⁾ verantwortlich waren: "(Competition and free enterprise are) idols of brass and stone into whose fiery maws are being thrown the peace, security and happiness of all our people"⁵⁾.

B. Grund für Betrachtung dieser Fallgruppe

1. Bei der Beurteilung von Informationsaustausch-Verträgen spielt der Zweck eine überragende Rolle, da die Bewertung trotz mehrerer Entscheidungen des Supreme Court noch keineswegs gesichert ist⁶⁾, was vornehmlich damit zusammenhängt, daß die Auswirkungen solcher Informationssysteme im Markt bisher nicht eindeutig festgestellt werden konnten und wohl auch nicht feststellbar sind⁷⁾.
2. Eine Untersuchung dieser Fallgruppe ist auch deshalb erfolgversprechend, weil der Gegenstand des Zwecks einigermaßen klar umrissen ist. Es geht praktisch immer darum, zu beweisen, daß ein gleichmäßiges Preisverhalten bezweckt war. Dogmatisch hat der Zweck hier die Funktion, die Vermutungsbasis für eine per se Regel zu konstituieren. Es wird sich zeigen, daß dem Zweck hier die gleichen Aufgaben zufallen wie in den Fällen, in denen "Wettbewerbsbeschränkungen" (und nicht nur Vermutungen

solcher) festgestellt werden müssen.

In den zu untersuchenden Fällen wird der Zweck expressis verbis ausschließlich dazu herangezogen, um eine conspiracy zu beweisen, während es hier darum geht, die Funktion des Zwecks bei der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung darzutun. Es soll deshalb kurz das Verhältnis dieser beiden "Zwecke" zueinander dargetan werden.

C. "Conspiracy - "Purpose"

Worum es geht, mag die Entscheidung des Supreme Court im Cement Manufacturers Protective Association¹⁾ verdeutlichen:

Am selben Tag entschieden wie der berühmtere Maple Flooring Fall²⁾, gehört Cement Manufacturers in die Reihe der rechtmäßigen Kooperationsfälle.

19 Zementhersteller aus dem Nordosten der Vereinigten Staaten hatten sich zusammengeschlossen, um "unredlichen Geschäftspraktiken"³⁾ ihrer Kunden zu begegnen: es war üblich auf dem Zementmarkt, lange vor der tatsächlichen Abnahme der Ware - die immer für ein ganz bestimmtes Bauvorhaben (specific job) bestimmt sein mußte - Verträge zu schließen, die es dem Käufer ermöglichten, in einem späteren Zeitpunkt die Ware zum Preis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzurufen. War der Preis inzwischen gefallen, so konnte er aber auch Lieferung zu dem niedrigeren Preis verlangen.

Diese Situation machten sich die Käufer nun zu Nutze und schlossen mit mehreren Herstellern für dasselbe Projekt derartige Verträge und bezogen dann anschließend wesentlich mehr Zement zu dem günstigen Preis als für das Projekt nötig war.

Um diesem Verhalten vorzubeugen, beschlossen die Hersteller, Informationen der verschiedensten Art auszutauschen:

zunächst wurden alle Vertragsschlüsse der oben bezeichneten Art gemeldet. Mit Namen des Käufers, Menge, Bauvorhaben (specific job) usw. Es wurde ein "freight-rate-

book" zusammengestellt, aus dem zu ersehen war, welche Frachtkosten von ganz bestimmten Orten aus (basing point) zu berechnen waren.

Weiter wurde mitgeteilt, welche Käufer mit Zahlungen im Rückstand waren und schließlich wurden noch Angaben über Produktion und Lagerbestände gemacht. Bei verschiedenen "meetings" wurden dann Einzelheiten des Geschäftsverhaltens besprochen.

Obwohl der eingangs angegebene Zweck keineswegs diesen umfangreichen Informationsaustausch zu rechtfertigen geeignet war, verteidigte Justice Stone diese Praktiken mit dem hartnäckigen¹⁾ Argument, daß ein "agreement"²⁾ fehle, die Preise einheitlich zu gestalten: "The government neither charged nor proved that there was any agreement with respect to the use of their information"³⁾.

Wie hier so wird auch in beinahe allen anderen Entscheidungen⁴⁾ die fehlende oder vorhandene conspiracy zum Kernpunkt der Untersuchung.

Auch in der Literatur werden die Exchange of Information-Fälle durchweg unter dem Stichwort "conspiracy" behandelt⁵⁾.

Diese Einordnung in die Rubrik "conspiracy" ist sicher richtig. Sie bedarf aber einiger Erläuterungen, um klarzustellen, welche Rolle der Zweck in diesem Zusammenhang spielt.

Dabei soll zunächst einiges allgemeine zur "conspiracy" gesagt werden, um dann anschließend aufzuzeigen, welche Rolle sie in den Fällen des Exchange of Information spielt.

I. Beweis - Gegenstand - Voraussetzungen.

1. Die conspiracy ist ein durch Gesetz normierter selbständiger Ersatztatbestand für contract, combination, dessen Besonderheit in der Möglichkeit seiner Beweisbarkeit liegt. Sie kann nämlich nach ganz allgemeiner Meinung⁶⁾ durch "circumstantial evidence" bewiesen werden. Welche Umstände im einzelnen geeignet sind, Beweis zu erbringen, ist umstritten⁷⁾ und wird beinahe in jeder einschlägigen Entscheidung zum Gegenstand lan-

gerer Ausführungen¹⁾. So wurden beispielsweise die notwendigen Folgen eines Zusammenwirkens als Beweis einer conspiracy herangezogen²⁾ und auch der "course of conduct" kann als Beweis dienen³⁾, wobei in einer späteren Entscheidung⁴⁾ darauf hingewiesen wird, daß "consciously parallel behaviour" allein nicht geeignet ist, das Vorliegen einer conspiracy darzutun.

2. Nach anderer Ansicht soll das eigentliche Problem der conspiracy ihr "I n h a l t" sein: danach muß eine Willkürabschwächung vorliegen, einen bestimmten rechtswidrigen Erfolg oder einen erlaubten Erfolg mit unerlaubten Mitteln zu erreichen⁵⁾.

Daraus folgt, daß eine conspiracy immer verboten sei, was in praktischer Ergebnis wahrscheinlich richtig ist. Dogmatisch verliert sie aber damit ihre Funktion als reiner Tatbestand für combination and contract und greift über auf das weitere Tatbestandsmerkmal "in restraint of trade"⁶⁾.

II. Die Unterschiede zwischen conspiracy und dem Tatbestandsmerkmal "beruhen einer Wettbewerbsbeschränkung" sind bedeutend, obwohl sie in der Rechtsprechung sehr häufig - was noch zu zeigen sein wird - vermischt werden.

1. Der Wettbewerbsbeschränkungs-zweck setzt als Anknüpfungstatbestand einen contract oder combination oder conspiracy voraus und ist an diesen Anknüpfungstatbestand gebunden; daraus ergeben sich für Gegenstand, Inhalt und Beweisbarkeit des Zwecks Konsequenzen:

2. Der Zweck muß im Z e i t p u n k t der Vereinbarung vorliegen, während der Zweck als konstituierendes Merkmal der conspiracy zu jedem beliebigen Zeitpunkt festgestellt werden kann.

3. Daraus folgt für die B e w e i s b a r k e i t des Zwecks, daß nur solche Beweise zulässig sind, die in unmittelbarer Beziehung zu der Vereinbarung stehen und zwar sowohl was den Zeitpunkt der Vereinbarung als auch i h r e n G e g e n s t a n d angeht.

Diese relativ schwachen Überzeugungen an die Beweisbarkeit des "perjury" wird man insbesondere dadurch umgehen, daß man, wie man kann, wenn bereits ein Anknüpfungstatbestand (contract, combination) vorliegt, noch zusätzlich nach einer Absicht sucht, die einen Wettbewerbsbeschränkungszweck nach den Grundsätzen der Beweisbarkeit einer conspiracy darstellt. Dieser Methode ist die Rechtsprechung immer wieder erlegen. Das Anwendungsgebiet der conspiracy in der Rechtsprechung soll im folgenden noch kurz veranschaulicht werden.

III. Inwiefern

1. Als Beispiel für die Anwendung der conspiracy in der Rechtsprechung sei die Entscheidung des Supreme Court in der

Im Kern geht es immer um die gleiche Frage: In welchen Kinos finden die "first-run"-Vorführungen (first-run) statt und unter welchen Bedingungen - i.e. Eintrittspreisen, Programmzusammensetzungen - können andere Kinos diese Filme später zeigen (subsequent runs).

In Interstate Circuit, Inc. v. United Artists, Inc., 361 U.S. 697 (1960), die mit ihren zahlreichen Ausstuführungskinos in Texas und in New Mexico eine marktbeherrschende Stellung innehaben, mehrere Filmverleiher, die ihrerseits in den Vereinigten Staaten marktbeherrschende Stellungen innehaben, ihre Verträge für "subsequent runs" in folgender Weise zu gestalten: die Zweitaufläufe dürfen nur zu einem bestimmten Preis stattfinden, der nicht wesentlich niedriger liegt als der Preis der Erstaufläufe. Weiter dürfen diese Filme nicht zusammen mit anderen Filmen gezeigt werden.

Diese Regelung diente dazu, die Attraktivität der "first-runs" nicht durch sehr viel billigere nachfolgende Aufführungen zu beeinträchtigen.

Ein Problem dieses Falles war, zu ergründen, ob die Filmverleiher bei der Vertragsgestaltung in willensmäßiger Übereinstimmung gehandelt hatten. Sie waren alle von denselben Kinobesitzern zum Abschluß dieser Verträge aufgefordert worden, hatten aber in ihrerseits untereinander keine Verträge abgeschlossen.

Da sie aber wußten, daß jeder von ihnen die gleiche Aufforderung erhalten hatte, folgte der Supreme Court:

"It takes credulity to believe that several distributors would, in the circumstances, have accepted and put into operation with substantial unanimity such far-reaching changes in their business methods without some understanding that all were to join, and we reject as beyond the range of probability that it was the result of mere chance".

2. Anders als in diesem Fall, in dem kein Anknüpfungstatbestand von vorneherein vorhanden war, liegt es in den Fällen des exchange of information. In jedem der Fälle lag eine Vereinbarung unzweideutig vor und die conspiracy diente praktisch dazu, den Wettbewerbsbeschränkungszweck darzutun; die Vereinbarung wurde hier nicht nach "purpose or effect" sondern nach "conspiracy or effect" bewertet.¹⁾

3. Wenn die Bedeutung des Zwecks bei der Beurteilung der Wettbewerbsrelevanz von Informationsaustausch-Verträgen ermittelt werden soll, so bleibt er insoweit unberücksichtigt als er als konstituierendes Element eines Anknüpfungstatbestandes (conspiracy als Vertragsersatz) verstanden werden kann.

Das entspricht im Grunde auch der amerikanischen Prüfungspraxis, die sich weniger um einzelne Anknüpfungstatbestände als vielmehr um die Gesamtbeurteilung der Tätigkeiten der an irgendwelchen Informationssystemen angeschlossenen Wirtschaftssubjekten kümmert²⁾.

2. Kapitel

Die Funktion des Zwecks

Die im folgenden darzulegenden Funktionen treten praktisch nie gesondert auf, sondern überschneiden sich und treten zu anderen Tatbestandelementen hinzu. Wenn dennoch versucht wird, die verschiedenen Einzelfunktionen zu

erfassen, so deshalb, weil nur auf diese Weise die tatsächliche Tragweite des Zwecks zum Vorschein kommt.

Bei der Darstellung wird mit der überwiegenden Meinung¹⁾ davon ausgegangen, daß ein Verbot des Sherman Act Section 1 die Feststellung eines wettbewerbsbeschränkenden Effekts verlangt und der Zweck nur im Rahmen dieser Feststellungen von Bedeutung ist. Später wird sich dann zeigen, daß es aus p r a k t i s c h e n Gesichtspunkten sinnvoll ist, dem Zweckmerkmal einen selbständigen Anwendungsbereich zuzuweisen, so daß er letztlich als gleichwertiges Merkmal neben dem Effekt steht.

A. Der Zweck im Rahmen der Kausalität.

I. Als Kausalitätszusatz

1. In einigen Fällen wird neben der einfachen Kausalität - im Sinne der Äquivalenz-Theorie - noch verlangt, daß der bewirkte Erfolg auch bezweckt war. In diesem Sinne sind z.B. die Ausführungen von Justice Stone im Zement-Fall²⁾ zu verstehen:

Auf der einen Seite fand ein umfangreicher, vertraglich vereinbarter Informationsaustausch zwischen Zement-Herstellern statt, auf der anderen Seite war eine gewisse "uniformity of prices" festzustellen³⁾.

Zwar bemüht sich nun Justice Stone, die Kausalität zwischen diesen beiden Erscheinungen zu verneinen⁴⁾; im Grunde genommen hat er sie⁵⁾ aber längst bejaht, wenn er feststellt, daß der Informationsaustausch "tends to bring about uniformity of prices"⁶⁾.

Was er in Wahrheit meint, ist nicht, daß die Kausalität fehle, sondern, daß die Kausalität, die vorliegt, nicht ausreicht⁷⁾, um ein Verbot zu begründen. Es muß noch etwas hinzukommen - und dieses "etwas" kann z.B. der Zweck sein, die Preisgleichheit zu realisieren⁸⁾.

2. D o g m a t i s c h kann man in diesem Zweckerfordernis die Forderung nach einer qualifizierten Kausalität sehen.

a. Es ist wohl nicht anzunehmen, daß der Supreme Court Alleinkausalität des Informationsaustausches für die

festgestellte Problematik verlangt, obwohl Änderungen in anderen Entscheidungen¹⁾ zumindest in diese Richtung gehen.

b. Verlangt wird aber, was man als notwendige Kausalität bezeichnen konnte. Anhaltspunkte für diese Ansicht liefert der immer wiederkehrende Begriff der "necessary tendency". Obwohl der Begriff als solcher keine kausalitätsqualifizierungen zu enthalten scheint, wird man ihn dennoch (zumindest: auch) so verstehen müssen, da auch in den Fällen, in denen ein "effect" vorliegt, diese necessary tendency verlangt wird. Eingeführt wurde dieser Begriff in die Betrachtung der Fälle des "Exchange of Information" durch Justice McKeynolds in *L i n s e e d O i l*²⁾. In dieser Entscheidung wird der Begriff der necessary tendency zwar ersichtlich nicht als kausalitätsmerkmal, sondern als selbständiger Verbotsgrund verwendet; wichtig ist aber der mitanklingende Gedanke, daß die Beziehung zwischen der zu verbiethenden Handlung (combination) und dem mißbilligten Effekt (egal ob bereits eingetreten oder nicht) notwendig sein muß³⁾. In diesem Sinne wird der Begriff auch in späteren Entscheidungen übernommen, beziehungsweise in frühere Entscheidungen hineingelegt⁴⁾.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: 12 Hersteller von Seindl, die einen beachtlichen⁵⁾ Marktanteil in den Vereinigten Staaten hatten, schlossen mit dem "Association Bureau of Related Industries" je 12 selbständige Verträge (die allerdings identisch waren), in denen sie sich zu einer umfassenden Bekanntgabe aller geschäftsrelevanten Informationen verpflichteten. Das Büro seinerseits teilte dann diese Informationen unmittelbar oder kommentiert an die anderen Seindlhersteller.

Die Einhaltung der Informationspflichten seitens der Hersteller wurde durch Geldzahlungen (als Buße) und ständige Kontrollen gesichert. Vervollständigt wurde der Informationsaustausch noch durch regelmäßige "meetings", bei denen alle wesentlichen Geschäftspunkte diskutiert

und manche Hersteller nötigenfalls zurechtgewiesen wurden.¹⁾

Zu dem Informationsaustausch hinzu kam noch eine Preisabrede: die USA wurden in 8 Zonen eingeteilt. Für die erste Zone wurde dann ein "basic price" festgelegt, der die Grundlage für die nach einem feststehenden System zu berechnenden Preise in den anderen Zonen bildete.

Der Supreme Court hat diese Vereinbarung verboten, weil "its necessary tendency is to suppress competition"²⁾.

Dieses Urteil führte den Begriff der "necessary tendency" in das bereits vorliegende Urteil American Column and Lumber³⁾ und in die nachfolgenden Entscheidungen ein⁴⁾. In Maple Flooring entgeht der Informationsaustausch deshalb dem Verbot des Sherman Act, weil die necessary tendency fehlt⁵⁾.

c. Diese "Notwendigkeit" kann sich nun u.a. daraus ergeben, daß festgestellt wird, daß der bewirkte Effekt auch bezweckt war.

So wird in Linseed Oil⁶⁾, wo das Verbot des Informationsaustausches ausschließlich auf die necessary Tendency gestützt wird, der verbotene Zweck ganz in den Vordergrund gerückt:

"The obvious policy, indeed, the declared purpose, of the arrangement, was to submerge the competition theretofore existing among the subscribers and substitute "intelligent competition".⁷⁾

und ein paar Zeilen weiter⁸⁾ heißt es:

"... their manifest purpose was to defeat the Sherman Act without subjecting themselves to its penalties."

Dogmatisch wird so der Zweck in diesen Fällen zu einem materiellen Tatbestandsmerkmal, das neben das Erfordernis der einfachen Kausalität tritt.

II. Der Zweck bei der Kausalitätsfeststellung.

Im Gegensatz zu dem eben behandelten Problem des Kausalitätszusatzes dreht es sich hier um Fälle, in denen

die Kausalität (i.e. auch die einfache Kausalität) als solche erst festgestellt werden muß. Gekennzeichnet ist die Situation etwa durch den Einwand der Parteien: auch ohne den Informationsaustausch hätten wir uns "so" verhalten.

Dieser Einwand, der "reinen" Kausalitätsleugnung ist im Grunde sehr selten, da Vereinbarungen eben nur geschlossen werden, um ein bestimmtes Verhalten zu ermöglichen¹⁾.

Häufiger ist der Einwand, daß der bewirkte Effekt nicht auf eine Freiheitsbeschränkung sondern auf eine Freiheits-erweiterung zurückzuführen sei²⁾.

1. Ein Beispiel für die "reine" Kausalitätsleugnung bietet A m e r i c a n C o l u m n a n d L u m b e r³⁾, wo es darum ging, nachzuweisen, daß eine gleichformige Produktionsbeschränkung und damit verbundene Preiserhöhungen auf den Informationsaustausch zurückzuführen waren.

Die Parteien⁴⁾ und Justice Brandeis in seiner dissenting opinion⁵⁾ behaupteten, daß diese Erscheinungen auf schlechtes Wetter und sonstige objektive Umstände zurückzuführen seien.

Der Supreme Court setzt sich mit diesen Ansichten kaum auseinander und hält es für ausreichend⁶⁾, "... that one of the prime purposes of the meetings ... and of the various reports, was to induce members to cooperate in restricting production ...". Damit war das Kausalitätsproblem, das in der Vorinstanz⁷⁾ eine so überragende Rolle gespielt hatte, durch die Feststellung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks auf sehr einfache und schnelle Art gelöst.

2. D o g m a t i s c h stellt der Zweck in diesem Falle eine unwiderlegbare Vermutung für die Kausalität dar.

B. Der Zweck als Nachweis der Freiheitsbeschränkung. Es ist von der Situation auszugehen, daß ein gleichförmiges Marktverhalten mehrerer Wirtschaftssubjekte fest-

steht und daß dieses Verhalten auf Willensentschlüsse zurückzuführen ist, die "so" gefaßt werden konnten, weil allen Beteiligten auf Grund eines Informationsaustausches bestimmte Marktdaten bekannt waren.

Das Problem ist nun, ob dieses Verhalten nur auf die Kenntnis der Daten zurückzuführen ist, oder ob es verabredet ist¹⁾.

I. Die Funktion des Zwecks bei der Lösung dieses Problems wird deutlich in der Entscheidung *M o r t o n S a l t*²⁾.

Vier Salzhersteller in Utah, die in der "intermountain area"³⁾ einen Marktanteil von über 95 %⁴⁾ hatten, betrieben eine fast identische Preispolitik. Das Gericht fand heraus, daß zwischen diesen Herstellern ein reger Austausch von Preisinformationen stattfand⁵⁾ und es galt nun zwischen diesen beiden Erscheinungen einen Zusammenhang nachzuweisen.

Zunächst wurde die Kausalität ganz allgemein bestritten, da man die Preisinformationen auch auf anderen Wegen hatte bekommen können⁶⁾. Diese Behauptung wurde aber vom Gericht aus objektiven Gründen zurückgewiesen.

Die entscheidende Frage, die blieb, war, ob das Preisverhalten Ausdruck wohlinformierter, unabhängiger Unternehmer war oder ob eine Freiheitsbeschränkung zugrunde lag.

Die Beklagten führten aus, daß das gleichförmige Preisverhalten einzig auf objektive Sachzwänge⁷⁾ - Marktstruktur und Produktbeschaffenheit - zurückzuführen sei⁸⁾ und von einer gewillkürten Freiheitsbeschränkung keine Rede sein könnte. Dieser an sich schwer zu widerlegenden Behauptung begegnet das Gericht damit, daß es nachweist⁹⁾, die Parteien hatten das gleichförmige Verhalten *b e z w e c k t*.

II. Umgekehrt zeigt sich z.B. in dem *Z e m e n t* - Fall¹⁰⁾, daß ohne Feststellung eines Zwecks praktisch das "Sachzwangargument" nicht zu widerlegen ist. Hier wird eine Freiheitsbeschränkung damit abgelehnt: "... that, in the case of a standardized product sold whole-

sale to fully informed professional buyers as were the dealers in cement, uniformity of price will inevitably result from active, free and unrestrained competition"¹⁾.

Die Untersuchung des Zwecks, der allein dieses Argument hätte widerlegen können, wird mit der Feststellung abgewürgt, die Regierung habe sich auf einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck nicht berufen²⁾.

III. Der Zweck stellt hier eine unwiderlegbare Vermutung für das Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung dar. Ein gemeinsamer wettbewerbsbeschränkender Zweck garantiert zwar nicht, daß die freie Willensentschließung ausgeschlossen ist, aber es ist die Vermutung gerechtfertigt, daß die Parteien der Vereinbarung nach ihrem gemeinsamen Zweck handeln.

C. Der Zweck als Feststellungersatz

Es handelt sich um die Fälle, in denen zwar festgestellt werden kann, daß die Parteien ein bestimmtes Verhalten bezwecken, das wettbewerbsbeschränkend ist, in denen aber die Realisierung dieses Verhalten oder sonstige nachteilige Marktauswirkungen nicht festgestellt werden können.

Es sei allerdings bemerkt, daß es kaum einen Fall gibt, in dem der "Effekt" überhaupt nicht erwähnt wird. Der Zweck steht aber bisweilen derart im Vordergrund, daß der Effektfeststellung praktisch keine Bedeutung zukommt.

I. Ein Beispiel für dieses Prüfungsvorgehen ist die Entscheidung des Fallies Eastern States Retail L u m b e r D e a l e r s' Ass. v. US³⁾. Dieser Fall wird allerdings üblicherweise nicht im Zusammenhang mit dem Austausch von Informationen behandelt⁴⁾, da hier der Unwert der Abrede nicht mit einer gemeinsamen Preisgestaltung, sondern mit Boykottmaßnahmen und anderen Freiheitsbeschränkungen Dritter begründet wird⁵⁾.

Wenn vielleicht auch der "natürliche" Zusammenhang von Informationsaustausch mit Preisabreden augenfälliger

und typischer als mit Boykottmaßnahmen ist, so sollte dies doch kein Hindernis sein, auch die letzteren Fälle in die Rubrik "Informationsaustausch" einzuordnen¹⁾.

Holzhändler im Osten der Vereinigten Staaten, die sich - gemäß ihrem Betätigungsfeld - zu Vereinigungen zusammengeschlossen hatten, verabredeten "black lists"²⁾ aufzustellen, in die diejenigen Großhändler eingetragen werden sollten, die direkt - in Umgehung der Zwischenhändler - an Endverbraucher verkauften.

Um diese Abreden zu verbieten, reicht es dem Supreme Court aus, den Zweck dieser Vereinbarungen festzustellen³⁾: die Zwischenhändler würden ihre Geschäftsbeziehungen zu den entsprechenden Großhändlern einstellen, um sie zu zwingen, Direktverkäufe zu unterlassen. Auf diese Weise wollten sie sich ihr traditionelles Verkaufsgebiet sichern.

Das tatsächlich gemeinsame Marktverhalten tritt hinter der Zweckfeststellung völlig zurück und wird⁴⁾ - wenn überhaupt - nur beiläufig erwähnt.

II. Der Zweck begründet hier wiederum eine unwiderlegbare Vermutung dafür, daß er realisiert werden wird und eine Wettbewerbsbeschränkung die unausweichliche Folge ist.

D. Der Zweck als Bewertungskriterium

Nicht jede Freiheitsbeschränkung - egal ob bezweckt oder bewirkt - ist verboten, sondern nur eine solche, die "unreasonable" ist. Das wird noch einmal deutlich in dem eben dargestellten Fall Eastern States Retail Lumber Dealers' Ass.⁵⁾ dargelegt:

"... that in its proper construction the act was not intended to reach normal and usual contracts incident to lawful purposes and intended to further legitimate trade".

Das Urteil darüber, ob eine Vereinbarung "reasonable" oder "unreasonable" ist, hängt also ganz maßgeblich von dem mit ihr verfolgten Zweck ab.

I. Die Funktion des Zwecks als Bewertungskriterium soll

an der Entscheidung im Sugar Institute Fall¹⁾ verdeutlicht werden.

Im Mittelpunkt dieses Falles stand ein sorgfältig ausgearbeiteter "Plan", der neben dem Austausch von Informationen auch einige andere wettbewerbsrelevante Abreden enthielt.

Die 15 Beklagten waren Zuckerraffinerien, die ausschließlich in die USA eingeführten, unverarbeiteten Rohrzucker raffinierten. Ihr Marktanteil an dem gesamten amerikanischen Zuckermarkt betrug über 10 %. 1927²⁾ gründeten sie das "Sugar Institute", das ihr Marktverhalten auf bestimmten Gebieten koordinieren sollte.

So verpflichteten sich die Mitglieder, ihre Preise öffentlich bekanntzugeben und diese Preise allen Kunden gegenüber ohne Abweichung anzuwenden.

Statistische Informationen wurden teils öffentlich teils nur dem "Institute" bekanntgegeben.

Öffentlich bekanntgegeben wurden Zahlen über die Gesamtproduktion, die Gesamtauslieferung und den Zuckerverbrauch der einzelnen Staaten.

Nur dem "Institute" bekanntgegeben und nur an Mitglieder weitergegeben wurden Angaben über Produktion und Auslieferung einzelner Zuckerhersteller und über Vorräte, die für bestimmte Staaten bestimmt waren³⁾.

Die Feststellung einer relevanten Freiheitsbeschränkung machte dem Supreme Court keine großen Schwierigkeiten, so daß er sagen konnte: "... the controlling facts are established and the question again is one of justification⁴⁾).

Nach Angaben der Beklagten sollte es der Zweck dieses Informationsaustausches sein - wie es einem "code of ethics" zu entnehmen war -, diskriminierende Praktiken der Zuckerraffinerien bei der Preisgestaltung gegenüber einzelnen Kunden zu verhindern.

Der Supreme Court erkannte diesen Zweck zwar an, fand aber in Übereinstimmung mit dem Court of Appeals, daß es der Hauptzweck sei "to create and maintain a uniform price structure, thereby eliminating and suppressing

price competition among themselves and other competitors¹⁾.

Aus diesem Grund unterlagen die Informationstätigkeiten, die an sich wettbewerbsneutral oder sogar wettbewerbsfördernd waren²⁾ zum Teil dem Verbot der Section 1 des Sherman Act.

II. Umgekehrt vermochte der lobenswerte Zweck im Zement-Fall³⁾ die - von Justice Stone einmal hypothetisch unterstellte - Freiheitsbeschränkung zu rechtfertigen⁴⁾:

"... dissemination of information which will enable sellers to prevent the perpetration of fraud upon them ... cannot be held to be an unlawful restraint upon commerce, even though, in the ordinary course of business most sellers would act on the information and refuse to make deliveries for which they were not legally bound".

III. Der Zweck ist hier dogmatisch ein Rechtfertigungsgrund. Daß es vielleicht sinnvoller wäre, ihn bei der Konstruktion des Tatbestandsmerkmals Wettbewerbsbeschränkung zu berücksichtigen wurde oben bereits erwähnt⁵⁾.

E. Zusammenfassung

Der Zweck spielt in jeder Phase der Beurteilung einer wettbewerbsrelevanten Abrede eine entscheidende Rolle. Das wird in der Rechtssprechung zwar ganz allgemein anerkannt⁶⁾, eine nähere Erfassung des Markmales unterbleibt aber, wobei man sich z.B. damit begnügt, darauf hinzuweisen, der Zweck sei ein wichtiges Interpretationsmittel⁷⁾.

Es wird sich aber als sinnvoll erweisen, die verschiedenen Funktionen des Zwecks klar herauszustellen, um so die Reichweite dieses Markmales zu bestimmen und seine Prüfungserfordernisse und die Prüfungsreihenfolge im Verhältnis zu dem Merkmal "effect" festzulegen und willkürliches Prüfungsvorgehen auszuschalten

Im folgenden wird nun zunächst untersucht, mit welchen Mitteln der Zweck in seinen einzelnen Funktionen festgestellt werden kann.

3. Kapitel

Die Feststellungsmethoden.

In den Entscheidungen tauchen immer wieder die Begriffe "direct evidence" und "circumstantial evidence" auf. Es soll hier nicht versucht werden, diese Begriffe abstrakt zu definieren, sondern es werden diejenigen Umstände herauszustellen sein, die letztlich für den Beweis eines Zwecks erheblich sind. Dabei wird dann jeweils der Frage nachgegangen, in welcher "Nahe zur Vereinbarung" diese Umstände stehen.

Es soll hier schon vermerkt werden, daß die Untersuchungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, je nachdem welche Funktion der Zweck bei der Entscheidungsfindung zu erfüllen hat.

A. Der Zweck als Feststellungersatz¹⁾

I. In L u m b e r D e a l e r s²⁾ ging es darum, daß mehrere 100³⁾ Holzeinzelhändler, die in verschiedenen Organisationen ("associations") zusammengeschlossen waren, regelmäßig von den Sekretären dieser Organisationen sogenannte "Official Reports"⁴⁾ erhielten. Das waren Listen, in denen die Namen von Holzgroßhändlern aufgeführt waren, die direkt an Endverbraucher verkauft hatten. Außerdem enthielten sie genaue Anweisungen an die Mitglieder, was sie im einzelnen zu melden hatten, wenn ihnen ein Verkauf eines Großhändlers an Endverbraucher bekannt wurde.

Zu beweisen, daß eine Vereinbarung vorlag, diese Listen zu verteilen, machte keine Schwierigkeiten⁵⁾. Wesentlich schwieriger war es, einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck nachzuweisen.

1. In erster Linie stützte sich hier der Supreme Court auf die Vereinbarung selbst; sie sagte zwar nicht a u s d r ü c k l i c h, daß es ihr Zweck ist, einen Boykott gegen die gemeldeten Großhändler zu veranlassen, sie war aber zu einer solchen Maßnahme in hohem Maße g e e i g-

n e t. Das Gericht folgerte darum¹⁾:

"... but he is blind indeed who does not see the purpose in the predetermined and periodical circulation of their report to put the ban upon wholesale dealers whose names appear in the list."²⁾

2. Anders liegt es mit dem zweiten Umstand, der dem Supreme Court zum Beweis des Zwecks dient: nämlich dem Verhalten der Parteien v o r Vertragsschluß. Die Einzelhändler lagen schon seit längerer Zeit mit den Großhändlern in Fehde, um zu verhindern, daß ihre Marktanteile durch Direktverkäufe der Großhändler beeinträchtigt würden.³⁾

Hier stellt sich die Frage nach der "Nahe zur Vereinbarung" dieser Umstände.

a. Aus dem Verhalten vor Vertragsschluß läßt sich zweifellos frei erkennen, welche Interessen die Parteien verfolgt haben, denn das Verhalten war nicht etwa widersprüchlich oder beschränkte sich auf gelegentliche Reibereien.⁴⁾

b. Auch betrifft der Gegenstand der zu beurteilenden Vereinbarung ganz eindeutig diese eben erwähnten Interessen⁵⁾; und zwar betrifft sie diese Interessen nicht nur a u c h sondern einzig und allein.

Das war offensichtlich nicht der Fall in Maple Flooring⁶⁾, wo frühere wettbewerbsfeindliche Organisationen als Beweis angeführt wurden. Während der Supreme Court auf Grund der Tatsache, daß diese Organisationen aufgegeben wurden, einen "guten Zweck" annahm, folgerte die Regierung einen kontinuierlichen "schlechten Zweck"⁷⁾.

c. Zu bemerken wäre noch, daß die Vereinbarung auch durchaus geeignet ist, den Interessen der Parteien zum Durchbruch zu verhelfen.

3. Festgestellt wird auch noch der Effekt, der aus der Eignung der Vereinbarung gefolgert wird⁸⁾; daraus werden aber keine weiteren Konsequenzen gezogen.

II. Ein Fall, in dem die Feststellung des Zwecks ent-

scheidend auf das Verhalten n a c h Vertragsschluß gestützt wird, ist L i n s e e d O i l¹⁾. Zu beurteilen war hier eine Vereinbarung, in der sich die Leinsamenöl-Hersteller gegenüber einem zentralen Büro verpflichteten, bestimmte Informationen bekanntzugeben; das Büro verpflichtete sich, diese Informationen (ggf. aufbereitet) an die anderen Leinsamen-Hersteller weiterzugeben. Außerdem war vereinbart, regelmäßig "meetings" abzuhalten.

Der Supreme Court befand diese Vereinbarung für wettbewerbsbeschränkend²⁾: "... the obvious policy, indeed the declared purpose, of the arrangement, was to submerge the competition ...".

1. Zunächst dient dem Supreme Court die Vereinbarung selbst als überzeugender Beweis eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks³⁾. Wieder ist der verbotene Zweck nicht ausdrücklich im W o r t l a u t enthalten, aber die Androhung von Strafen für die Nichtbefolgung der in der Vereinbarung vorgeschriebenen Verhaltensweisen genügte dem Supreme Court, um einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck zu folgern⁴⁾. Denn diese Strafandrohung war g e e i g n e t, ein gleichmäßiges Preisverhalten herbeizuführen und stand a u ß e r V e r h ä l t n i s zu dem als "intelligent competition" angegebenen Ziel.

2. Außerdem diente dem Supreme Court das Verhalten n a c h Vertragsschluß als Beweisgrundlage⁵⁾.

a. Suspekt waren vor allen Dingen einige zusätzliche Abmachungen, wie z.B. die Einteilung der Vereinigten Staaten in Preiszonen⁶⁾ und die Annahme von Resolutionen und sonstigen Verhaltensregeln bei den verschiedenen meetings⁷⁾.

b. Auch sonstige Durchführungsmaßnahmen führten zur Folgerung eines verbotenen Zwecks. Besonders zu erwähnen sind hier die Kontrollen, die das Büro durchführte, um

die Einhaltung der Vereinbarung zu sichern¹⁾ und die regen Tätigkeiten, die die Parteien selbst entfalteten²⁾.

3. Bei diesen Umständen ist es nun von besonderem Wert, einmal ihre "Nähe zur Vereinbarung" zu untersuchen. Es wird dabei unterschieden zwischen Maßnahmen, die unmittelbare Willensäußerungen der Parteien darstellen und bloßen faktischen Durchführungsmaßnahmen.

a. Bei Willensäußerungen spricht von vorneherein eine gewisse Vermutung für einen engen Zusammenhang mit der Vereinbarung. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Bewußtseinskontinuität, der besagt, daß Wirtschaftssubjekte ihre Zwecke mit einer gewissen Beharrlichkeit verfolgen. Im übrigen kann die Nähe zur Vereinbarung einmal nach äußeren und zum anderen nach inneren Gesichtspunkten geprüft werden.

Als "Willensäußerungen" kommen hier vor allen Dingen die zusätzlichen Abmachungen in Betracht.

a a.) Die Preisvereinbarungen (Zonen-System)

Die äußere Nähe ergibt sich hier daraus, daß bei der Abmachung alle Parteien beteiligt waren, die auch an der Vereinbarung beteiligt waren (Identität der Parteien) und daß zwischen der Abmachung und der Hauptvereinbarung ein gewisser zeitlicher Zusammenhang besteht.

Die innere Nähe wird dadurch bedingt, daß die Zusatzabmachung bereits in der zugrunde liegenden Vereinbarung angelegt war, indem Durchführungsbestimmungen ausdrücklich vorgesehen waren³⁾. Weiter betrifft die Zusatzabmachung unmittelbar den Gegenstand des Vertrages (Identität des Gegenstandes) und schließlich ist ihr Zusammenhang mit der Vereinbarung auch unbestritten⁴⁾.

b b.) Entschlüsse bei meetings

Auch hier ergibt sich die äußere Nähe aus der Identität der Parteien der Vereinbarung und der Resolutionen, die bei den meetings gefaßt wurden⁵⁾; außerdem ist auch hier der zeitliche Zusammenhang ge-

wahrt¹⁾.

Auch hier läßt sich die i n n e r e N ä h e damit begründen, daß die Fassung der Entschlüsse ebenso wie die Abhaltung von meetings in der zugrunde liegenden Vereinbarung bereits "angelegt" waren und daß ihr Inhalt sich unmittelbar auf den Gegenstand der Vereinbarung bezieht.

b. Bei den f a k t i s c h e n Durchführungshandlungen ist eine Nähe zur Vereinbarung in der Regel wesentlich schwerer festzustellen. Hier ergibt sich allerdings deshalb kein Problem, weil die Kontrollmaßnahmen und die Absendung der "Market Letters" ausdrücklich in der Vereinbarung bereits vorgesehen waren²⁾.

.. Sonstige Feststellungen bei der Beurteilung der Vereinbarung hatten nur untergeordnete Bedeutung. So die Tatsache, daß die Preise stabiler geworden seien³⁾ oder die Äußerung eines Beteiligten, daß er nun auf Grund der Vereinbarung ruhig schlafen könne. Als sich die Regierung auf diese Äußerung berief, bemerkte der District Judge sehr richtig⁴⁾:

"It is very evident that the Supreme Court does not believe that the Sherman Act should prevent a man from sleeping nights".

III. Schließlich sei noch dargestellt, wie der Supreme Court in American C o l u m n a n d L u m b e r⁵⁾ den wettbewerbsbeschränkenden Zweck feststellt⁶⁾. Folgerungen können aus diesem Fall allerdings nur sehr bedingt gezogen werden, da es sich um eine exemplarische⁷⁾ Entscheidung handelt und vielen Dingen ein Gewicht gegeben wird, das ihnen sonst wohl kaum zukäme.

1. Wie üblich geht der Supreme Court von der vorliegenden V e r e i n b a r u n g aus. Zwar ergibt sich aus ihrem Wortlaut kein wettbewerbsbeschränkender Zweck; diesen folgert das Gericht aber aus dem Sinnzusammenhang, insbesondere daraus, daß der Informationsaustausch bis ins einzelne geregelt war⁸⁾. Diese Regelung war unverhältnismäßig ausführlich im Vergleich zu dem Zweck,

"intelligent competition" herbeizuführen. Außerdem war sie geeignet, ein gleichmäßiges Preisverhalten herbeizuführen.

Das Gericht fühlte sich in seiner Ansicht aber auch noch durch einige andere Umstände bestärkt.

2. V o r V e r t r a g s s c h l u ß war von einem Komitee ein Vertragsentwurf ausgearbeitet worden, der den späteren Vertragsparteien angepriesen wurde mit Parolen wie: "Co-operative competition, not cut-throat competition"¹⁾ oder "... prices known to each other ... tend towards a standard in harmony with market conditions"²⁾. Allein auf Grund dieser Äußerungen folgte der Supreme Court bereits: "... that the fundamental purpose of the "plan" was to procure "harmonious" individual action"³⁾.

Die "Nähe zur Vereinbarung" ist hier problematisch, denn rein äußerlich kann hier nicht ohne weiteres von der Identität der Parteien ausgegangen werden, die die verhängnisvollen Äußerungen getan haben und der späteren Vertragsparteien⁴⁾. Diesen Identitätsmangel heilt der Supreme Court aber dadurch, daß er unterstellt, die Parteien seien gerade auf Grund dieser Äußerungen dem Vertrag beigetreten und hatten die angekündigten Vertragsziele in ihren Willen aufgenommen.

Im Gegensatz zu der äußeren liegt die i n n e r e Nähe zweifellos vor, da der Gegenstand der Vereinbarung sich mit den vorangekündigten Zielen deckt und sie auch objektiv geeignet ist, diese Ziele zu verwirklichen.

3. Ein weiterer Umstand, der für einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck sprach, war die f a k t i s c h e D u r c h f ü h r u n g der Vereinbarung. So wurde es negativ bewertet, daß die "meetings" häufiger abgehalten wurden als in der Vereinbarung vorgesehen⁵⁾; auch wurden die Informationsbriefe an die Vertragsparteien häufiger abgeschickt als ursprünglich vereinbart⁶⁾. Darüberhinaus mißfiel dem Supreme Court die Art und Weise, wie die meetings vorbereitet wurden: es wurden nämlich Fragebogen ausgeteilt, in denen gezielt nach dem zukünftigen

Geschäftsverhalten der Mitglieder gefragt wurde¹⁾. Die Frage nach der Nähe dieser faktischen Durchführungsmaßnahmen zur Vereinbarung stellt sich dem Supreme Court nicht, da er sie - wohl nicht ganz richtig -²⁾ direkt als Bestandteil der Vereinbarung ansieht³⁾.

4. Weiter waren von entscheidender Bedeutung Willensäußerungen, die im Rahmen der Durchführung der Vereinbarung gemacht wurden.

Äußerungen bei den zahlreichen meetings wurden sehr ernst genommen⁴⁾, obwohl hier die Nähe zur Vereinbarung äußerst zweifelhaft sein kann. Zunächst kann eine Identität der Parteien, die sich auf den meetings äußern und der Vertragsschließenden nur dadurch hergestellt werden, daß die Äußerungen einzelner Versammlungsredner als authentische Interpretation der Vereinbarung angesehen werden.

Mit diesem Problem der authentischen Interpretation oder der Zurechnung von Willensäußerungen hatte sich der Supreme Court näher zu befassen im Zusammenhang mit dem Hauptbeweisstück, nämlich den "market report letters"⁵⁾. Diese Briefe, die regelmäßig verschickt wurden, enthielten nicht nur Information jeder Art, sondern auch Hinweise auf zukünftiges, zweckmäßiges Marktverhalten. Es wurde gewarnt vor Produktionssteigerungen und umgekehrt wurden bei "vernünftigem" Verhalten höhere Preise prophezeit; es wurde auch direkt von Preissenkungen abgeraten⁶⁾.

Diese "market report letters" wurden verfaßt von einem Mr. Gadd, der nicht einmal Mitglied des hier zu beurteilenden "open competition plans" war, sondern lediglich in der Funktion eines "Manager of Statistics" tätig wurde⁷⁾.

Hier kam der Supreme Court nun nicht darum herum, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wieso den Parteien der Vereinbarungen die Äußerungen von Herrn Gadd zuzurechnen waren und warum diese Äußerungen einen Schluß auf den Zweck bei Vertragsschluß zuließen. Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem war insbesondere

auch deshalb geboten, weil die Beklagten einwandten, Mr. Gadd habe seine Befugnisse überschritten¹⁾. Der "Manager of Statistics" wurde als "S p r a c h r o h r" der Vertragsparteien qualifiziert, das lediglich den fest umrissenen Zwecken der Parteien zum Durchbruch verhalf²⁾. Dabei diene als entscheidender Beweis, daß die Parteien der Vereinbarung die Briefe ohne Widerspruch zur Kenntnis genommen hatten³⁾.

Die innere Nähe dieser Briefe zur Vereinbarung zu begründen, machte keine großen Schwierigkeiten, da sich ihr Inhalt mit dem Gegenstand der Vereinbarung deckte, und die Verteilung dieser Briefe in ihr bereits vorgesehen war.

5. Beiläufig wird auch noch der Effekt geprüft, er spielt bei der Beurteilung der Vereinbarung aber nur eine ganz untergeordnete Rolle. Entscheidende Bedeutung kam hier der Durchführung des Informationsaustausches zu, wobei besonderes Gewicht auf die Willensäußerung gelegt wurde, die bei den meetings oder in den market report letters zum Ausdruck kam.

IV. E r g e b n i s

1. Es läßt sich eine gewisse H i e r a r c h i e der Beweisgründe feststellen. Vor allem ist der Supreme Court sichtlich bemüht, möglichst viele Folgerungen aus der Vereinbarung als solcher zu ziehen⁴⁾. Erst in zweiter Linie wird dann die Durchführung der Vereinbarung herangezogen, wobei insbesondere auf Willensäußerungen und nur in zweiter Linie auf faktische Maßnahmen abgestellt wird. Willensäußerungen, die vor Vertragsschluß gemacht wurden, werden nur hilfsweise herangezogen. Ebenfalls noch von Bedeutung, aber von geringen Beweiswert ist schließlich der Effekt, d.h. die Auswirkungen der Vereinbarung auf die Marktverhältnisse.

2. Im Zusammenhang mit der dominierenden Rolle der Vereinbarung als Beweisgrundlage steht es, daß die anderen beweiserheblichen Umstände eine gewisse N ä h e zum Vertrag haben müssen.

Dieses Erfordernis folgt u.a. aus dem Inhalt des "Zwecks": Es genügt nämlich nicht irgendein Zweck, sondern der Wettbewerbsbeschränkungszweck muß von gewisser Intensität sein. Das wird etwa umschrieben mit den Begriffen "dominant purpose" oder "specific purpose". Das wird sehr deutlich z.B. in Maple Flooring¹⁾ ausgesprochen:

"Whether, however, their general purpose was to become law-abiding members of the community or law breakers, it is not, we think, very material, unless the court either can infer from this course of conduct a specific and continuing purpose ... to do acts tending to affect an actual restraint of commerce".

Natürlich läßt sich auf Grund dieser Qualifikationsmerkmale der Zweck-Begriff nicht eindeutig bestimmen. Es wird aber deutlich, daß nicht jeder entfernte Umstand geeignet ist, einen Wettbewerbsbeschränkungszweck darzutun.

B. Fälle, in denen^{der} Effekt festgestellt wurde. Es werden hier nur diejenigen Fälle untersucht, in denen der Zweck zur Bestimmung der Freiheitsbeschränkung diente, für den Zweck im Rahmen der Kausalität gilt aber das folgende gleichermaßen.

Als Beispiel soll hier der bereits oben²⁾ geschilderte Fall M o r t o n S a l t dienen. Hier geht das Gericht davon aus, daß ein Effekt - nämlich gleiche, überhöhte Preise - vorlag³⁾ und war nun bemüht, nachzuweisen, daß dieser Effekt auf einer Freiheitsbeschränkung beruhte.

1. Der V e r e i n b a r u n g als solcher wurde hier nicht ein so überaus großer Beweiswert zugemessen, da der Supreme Court ja früher⁴⁾ entschieden hatte, daß der reine Informationsaustausch rechtmäßig ist. Immerhin wurde aber der Vereinbarung ein indizierender Wert für einen Wettbewerbsbeschränkungszweck entnommen⁵⁾.

2. Wesentlich wichtiger waren die Umstände, die das Gericht als course of conduct bezeichnet¹⁾.

a. Einer der Salzhersteller²⁾ verkaufte an ein Unternehmen, das die Kuhlung von speziellen Kuhlfahrzeugen besorgte und hierfür Salz benötigte, rohes Salz. Dieses Unternehmen trocknete nun das Salz und verkaufte das so gewonnene verbrauchsfertige Salz, das seinen Eigenbedarf überstieg, weiter und zwar zu einem Preis, der unter dem der übrigen Salzhersteller lag. Obwohl der liefernde Salzhersteller in seiner Wettbewerbssituation durch die Preisunterbietung nicht betroffen war, führte er dennoch auf Drängen der betroffenen Hersteller mit der Kuhlfirma eine Regelung herbei, die die Preisunterbietungen ausschloß, aber für den liefernden Salzhersteller einen Verlust brachte.

Aus diesem Verhalten folgerte das Gericht:

"The natural inference is that the action was pursuant to the conspiracy and Deseret (das war der liefernde Salzhersteller) believed that the long run benefit to it by helping maintain higher price levels was greater than his loss ..."

Eine Nahe zur Vereinbarung (nämlich dem Informationsaustausch) ist hier nur mit Mühe zu konstruieren. An der Abrede, die als Folgerungsgrund für einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck dient, war nämlich nur eine der an dem Informationsaustausch beteiligten Parteien beteiligt³⁾.

Auch innerlich deckt sich die Abrede nicht unmittelbar mit dem Gegenstand der Ausgangsvereinbarung und sie ist in dieser auch nicht "angelegt".

Es bleibt deshalb nur festzustellen, daß es dem Gericht hier auf eine Nahe zur Vereinbarung anscheinend nicht ankam.

b. Ähnlich steht es auch mit dem folgendem Umstand⁴⁾, der als wichtige Beweisgrundlage dient: der Verkaufsmanager Jensen (des Unternehmens

Deseret Livestock) mußte dem Firmeninhaber Freed alle Angebote, die er aufgestellt hatte, zur Kontrolle vorlegen.

Da der Inhaber Freed gar nicht in der Lage war, die Angebote nachzurechnen, folgte das Gericht, daß sich die "Kontrolle" nur darauf beschränken konnte, die Angebote mit denen der anderen Hersteller abzustimmen¹⁾.

Ebenso wie in dem unter "a." geschilderten Fall wird hier aus dem Verhalten einer Partei auf den wettbewerbsbeschränkenden Zweck aller Parteien geschlossen²⁾. Da die beanstandete Maßnahme außerdem nicht in der Vereinbarung vorgesehen ist, läßt sich eine Nähe zu ihr kaum feststellen.

3. In diesem Fall wird auch zum erstenmal ein objektiver Umstand - nämlich die **M a r k s t r u k t u r** - den Parteien zur Last gelegt: Nur wenige Hersteller besaßen 95 % des Marktanteils für ein homogenes Produkt³⁾; in dieser Situation, so folgte das Gericht, mußte ein Informationsaustausch zwangsläufig zur Preisgleichheit führen⁴⁾. Und da die Parteien dies wußten, bezweckten sie auch diese Preisgleichheit.

4. In der vorliegenden Entscheidung bilden der festgestellte Effekt (gleichmäßige, überhöhte Preise) und die Marktstruktur (enges Oligopol) die Grundlage für den hohen Beweiswert, der dem **V e r h a l t e n** der Parteien zukommt. War der Beweiswert der Durchführungsmaßnahmen für die Ermittlung des Zwecks in seiner Funktion als Feststellungersatz durch die Nähe dieser Umstände zum Vertrag begründet worden, so ruht hier sein Beweiswert auf objektiven Umständen.

Festzuhalten ist hier vorläufig, daß an die Feststellung des Zwecks dann, wenn ein wettbewerbsbeschränkender Effekt festgestellt ist, geringere Anforderungen gestellt werden, als wenn der Zweck alleiniger oder hauptsächlichlicher Verbotsgrund ist.

C. Die Feststellung des Zwecks in seiner Funktion als Bewertungskriterium

als Beispiel soll hier die Entscheidung in Sugar Institute¹⁾ dienen. Hier hatten sich Zuckerhersteller verpflichtet, ihre Preise gegenseitig bekanntzugeben und von diesen Preisen nicht abzuweichen. Das Problem war, ob diese Vereinbarung zu rechtfertigen war.²⁾

Dabei kann man zwei gedankliche Schritte voneinander unterscheiden: zunächst wird festgestellt, ob überhaupt ein zur Rechtfertigung geeigneter Zweck festgestellt werden kann, und anschließend ist dann zu untersuchen, ob dieser Zweck der dominante purpose der Vereinbarung ist, oder ob hinter der ganzen Abrede ein wettbewerbsbeschränkender Zweck steht.

1. Ausgangspunkt der Prüfung ist - wie fast immer - die Vereinbarung selbst, die bestimmt ausdrückliche³⁾ in ihrem "code of ethics":

"All discriminations between customers should be abolished. For that sugar should be sold only upon open prices and terms publicly announced."

Die ausdrückliche Einführung eines positiven Zwecks in der Vereinbarung ist zwar nötig⁴⁾, aber ein bloßes Lippenbekenntnis ist natürlich noch nicht geeignet, einen rechtfertigenden Zweck endgültig darzutun. Vielmehr muß dieser Zweck auch auf Grund einiger anderer Umstände verifizierbar sein.

Die nächste Frage ist deshalb, ob die Vereinbarung überhaupt geeignet ist, den angegebenen Zweck in die Tat umzusetzen. Im vorliegenden Fall unterbleibt allerdings eine ausführliche Prüfung dieser Frage, da die geforderte Eignung ohne weiteres bejaht werden konnte.

2. Als Beweisgrundlage dient dem Supreme Court vielmehr vor allen Dingen das Verhalten der Parteien vor der Vereinbarung⁵⁾. Es wurde festgestellt, daß die einzelnen Zuckerhersteller ihren verschiedenen Kunden Rabatte ge-

währt hatten, die sachlich nicht gerechtfertigt waren und die somit zu Diskriminierungen gegenüber den Käufern führten¹⁾. Daß es Zweck des Informationsaustausches war, diese Mißstände zu beseitigen, konnte der Supreme Court mühelos folgern, da zwischen dem Verhalten vor der Vereinbarung und der Vereinbarung selbst eine ausreichende Nähe bestand: die Identität der von den Umständen Betroffenen und der Vertragsparteien war identisch, die Vereinbarung wurde geschlossen zu einer Zeit, als die diskriminierenden Praktiken noch ausgeübt wurden. Die innere Nähe ergibt sich daraus, daß der Gegenstand der Vereinbarung unmittelbar das Verhalten vor Vertragsschluß betrifft.

3. Irrelevant für die Zweckfeststellung war das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluß. Die Beklagten hatten darauf hingewiesen, daß sie die Vertragsentwürfe dem Department of Justice vorgelegt hätten und ständig mit den Behörden der Regierung in Kontakt gewesen seien²⁾.

Ob aus diesem Verhalten überhaupt Folgerungen für einen Zweck gezogen werden können, kann hier offenbleiben, für einen Rechtfertigungszweck sind die angeführten Umstände jedenfalls nicht erheblich. Das ergibt sich vor allem: Dingen aus der fehlenden inneren Nähe zur Vereinbarung, da das Verhalten mit dem Gegenstand der Vereinbarung nichts zu tun hat. Als Ergebnis kann hier festgehalten werden, daß an den Beweis des Rechtfertigungszwecks sehr hohe Anforderungen gestellt werden. Der Zweck muß auf jeden Fall in der Vereinbarung ausdrücklich erwähnt sein, und er muß sich überdies aus den Umständen unzweideutig ergeben³⁾.

D. E r g e b n i s

I. Bei der Feststellung des Zwecks lassen sich zwar keine eklatanten Unterschiede aufzeigen, es werden aber doch recht klare Tendenzen sichtbar. So zieht das Gericht z.B. in Morton-Salt⁴⁾ praktisch alle denkbaren Umstände heran, um den wettbewerbsbeschränkenden Zweck darzutun, andererseits werden z.B. in Linseed

Oil¹⁾ und Lumber Dealers²⁾ nur solche Umstände berücksichtigen, die eine sehr große Nähe zur Vereinbarung haben.

II. Die Gründe für die unterschiedlichen Beweisanforderungen sind vielschichtig.

1. Nicht zu übersehen ist die Voreingenommenheit der Richter in bezug auf gewisse Vereinbarungen³⁾. Halten sie die Vereinbarung von vorneherein für wettbewerbsschädlich⁴⁾, so werden an die Zweckfeststellung regelmäßig geringere Anforderungen gestellt.

Genau umgekehrt ist es in den Fällen, in denen das Gericht den Informationsaustausch auf jeden Fall für rechtmäßig erklären will. Dann werden die Untersuchungen etwa mit den folgenden Worten eingeleitet:

"... it should be remembered that this court has often announced that each case ... must be determined upon the particular facts ..."⁵⁾

Daß diese Zeilen, die an sich nicht mehr und nicht weniger als eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringen, eine gewisse Voreingenommenheit zeigen, läßt sich daraus ersehen, daß sie lediglich deshalb in die Entscheidung eingeführt werden, um ein Abweichen von vorhergehenden Entscheidungen zu ermöglichen und daß dann anschließend an die Zweckfeststellung sehr hohe Anforderungen gestellt werden.

Mit letzter Sicherheit läßt sich allerdings diese Voreingenommenheit (und die mit ihr korrespondierenden Beweisanforderungen) nicht dartun.

2. Ein weiterer - hier mehr interessierender - Grund für die unterschiedlichen Anforderungen an die Zweckfeststellung liegt in der wechselnden Funktion des Zwecks begründet.

a. Dient der Zweck als Feststellungersatz oder zur Rechtfertigung einer an sich wettbewerbsbeschränkenden Abrede, so kann er nur auf Grund von Umständen festgestellt werden, die eine große Nähe zum Vertrag haben. Im ersten Fall werden so die Beklagten vor unkalkulier-

baren Folgen ihres Tuns geschützt, während im zweiten Fall die Kläger gegen Zweckmanipulationen weitgehend gesichert sind.

b. Ist in anderen Fällen ein Effekt klar festgestellt und dient der Zweck nur dazu, die Freiheitsbeschränkung oder die Kausalität darzutun, oder dient er als Kausalitätszusatz, so ist der Umkreis der Umstände, die zum Beweis geeignet sind, weiter. Erklären läßt sich dies damit, daß der Effekt als solcher bereits eine starke Indiz-Wirkung für einen Zweck hat, und daß die weiteren Beweisumstände nur als Verstärkung dieser Indiz-Wirkung herangezogen werden.

4. Kapitel

Die Zuordnung von Zweck- und Effektprüfung.

Hier sind nun die Fragen zu beantworten, ob es Regeln dafür gibt, wann das Gericht den Zweck zu prüfen hat und wann den Effekt; ob es von der Prüfung des einen Merkmales auf die Prüfung des anderen nach Belieben überwechseln kann und ob diese Merkmale kumulativ oder alternativ vorliegen müssen, um ein Verbot auszusprechen.

Praktische Relevanz haben diese Fragen darum, weil - das soll hier zunächst erst einmal als These aufgestellt werden¹⁾ - die Ergebnisse der Prüfung unterschiedlich ausfallen je nachdem, ob mehr auf subjektive oder objektive Elemente abgestellt wird. So sind auch die unterschiedlichen Ergebnisse in den Fällen der "exchange of information" zu erklären, obwohl die vorliegenden Sachverhalte in den wesentlichen Punkten gleich gelagert waren.

A. Zunächst soll noch die oben²⁾ offengebliebene Frage, was unter dem Merkmal "p u r p o s e" in der Wortverbindung "purpose or effect" zu verstehen ist, geklärt werden.

I. Der Sherman Act verlangt grundsätzlich den Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung (eben des Effekts); soweit bei der Prüfung der Fälle auf den Zweck abgestellt wird, geschieht dies, weil aus seinem Vor-

liegen Schlüsse auf die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Vereinbarung gezogen werden. So wird denn auch in jeder Entscheidung auf die negativen Marktauswirkungen des Informationsaustausches hingewiesen¹⁾.

Diese Behauptung des Vorrangs des Effekts ist - wie oben bereits gezeigt wurde²⁾ - zwar nicht logisch zwingend, sie ist aber durchaus sinnvoll und bildet eine gute Grundlage, um die beiden Merkmale Zweck und Effekt voneinander abzugrenzen.

II. Das Merkmal "purpose" in der Formel "purpose or (and) effect" umfaßt an sich all die Funktionen, die dem Zweck in den einzelnen Entscheidungen zukommen. Man kann dann ganz allgemein sagen: bei der Effekt-Feststellung ist der Zweck zu berücksichtigen; oder auch: bei dieser Feststellung spielt er eine wichtige Rolle³⁾.

Für die folgende Untersuchung soll das Zweckmerkmal aber etwas scharfer gefaßt werden. So scheidet der Zweck aus der Betrachtung aus, soweit er lediglich Zusatzfunktionen bei der Effektprüfung erfüllt. Insoweit genügt die Feststellung, daß auch dann, wenn der Effekt zweifelsfrei festgestellt ist, noch der Zweck geprüft wird.

Hier wird der Zweck nur insoweit berücksichtigt, als er eine Effektprüfung überflüssig macht - also in seiner Funktion als Feststellungsersatz.

Der Inhalt dieses Zweckmerkmals ist bereits der vorangegangenen Untersuchung zu entnehmen: es muß sich um den "dominant purpose" der Vereinbarung handeln, der auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet ist. Es ist ein "objektivierter" Zweck, der die Eignung des Vertrages voraussetzt, den Zweck zu erfüllen. Zu dieser letzten Feststellung muß aber auch bemerkt werden, daß sich diese Eignung des Vertrages ihrerseits aus einem festgestellten Zweck ergeben kann. Wegen dieser wechselseitigen Wirkung von subjektiven und objektiven Elementen ist es wenig erfolgversprechend, dem Inhalt des Zwecks im einzelnen weiter nachzugehen.

Wichtiger ist die Beantwortung der Frage, wann der Zweck die Effektiestellung ersetzen kann. Zur Vorbereitung der Antwort sollen zunächst die Folgen aufgezeigt werden, die sich bei unterschiedlicher Gewichtung der subjektiven und objektiven Elemente ergeben.

1. Subjektive und objektive Effektiestellung

Es wird hier nicht entschieden, ob die subjektive oder objektive Effektiestellung im wesentlichen die gleiche Wirkung hat und was die Unterschiede, insbesondere hinsichtlich der Effektiestellung, aus sich selbst heraus mit sich bringen. Es wird nur festgestellt, dass die subjektive Effektiestellung eine andere Wirkung hat als die objektive.

Die subjektive Effektiestellung führt zu einem mehr subjektiven, mehr objektiv subjektiv wurde und was die subjektive Effektiestellung, erlaubt oder, wenn die subjektive Effektiestellung erlaubt wurde, nicht mit aufgeführt ist, ist die subjektive Effektiestellung, da diese subjektive Effektiestellung allgemein betrachtet nicht als Fall des exchange of information behandelt wird.

Produkt	Jahr	subjektiv	objektiv
American Lumber Co.	1920	subjektiv	verboten
Maple Flooring	1925	objektiv	erlaubt
Cement Protective Ass'n	1925	objektiv	erlaubt
Wool Institute	1936	subjektiv	verboten
Pag Institute	1949	subj./obj.	erlaubt
Morton Salt	1956	subjektiv	verboten
Container	1969	per se	verboten

Aus dem Schema ergibt sich auf den ersten Blick, daß die Vereinbarungen, die vornehmlich auf Grund des Zwecks der Parteien beurteilt wurden, verboten worden sind, während eine konsequente Effektprüfung zu ihrer Rechtmäßigkeit führte. Weiter ist zu erkennen, daß ein Wandel in der Beurteilung der Informationsaustausch-Verträge einhergeht mit dem Wandel der Tests. Und schließlich ist noch zu bemerken, daß die Tendenz besteht, von einer Zweckprüfung bei den ersten Fällen allmählich zu einer Effektprüfung zu gelangen. Die eben aufgezeigten Gesichtspunkte - und insbesondere auch die Bedeutung, die der Container-Entscheidung¹⁾ in der Geschichte der Beurteilung der Informationsaustausch-verträge zukommt - sollen im folgenden etwas näher verdeutlicht werden.

II. Zweckprüfung: Verbot

Hier kann nur wiederholt werden, was in den vorhergehenden Untersuchungen bereits festgestellt wurde. In den Fällen American Column and Lumber, Linseed Oil, Sugar Institute und Morton Salt wird das Verbot der Informationsaustausch-Verträge ganz überwiegend auf den wettbewerbsbeschränkenden Zweck gestützt, wenn auch rein formelmäßig festgestellt wird, daß es der "purpose and effect" der jeweiligen Vereinbarung sei, den Wettbewerb zu beschränken²⁾.

III. Effektprüfung: erlaubt

Die Fälle der rechtmäßigen Informationsaustausch-Verträge zeichnen sich dadurch aus, daß bei der Bewertung wesentliches Gewicht auf die Feststellung des Effekts gelegt wird. In *Maple Flooring* leitet der Supreme Court seine Untersuchungen mit der Feststellung ein³⁾: "The case must turn, therefore on the effect of the activity of the defendants".⁴⁾ Auf Grund seiner Untersuchungen verneint der Supreme Court das Vorliegen einer wesentlichen Preisgleichheit. Er stellt auch fest, daß die Preise nicht zu hoch seien, sondern "fair and reasonable" und er hält auch den Trend der Preise nicht für "abnormal".⁵⁾ Auf der Grundlage dieser Feststellung

wird dann Maple Flooring von den vorerwähnten Unterscheidungen, in denen ein Verbot ausgesprochen wurde, dahingehend unterschieden, daß eben hier kein Effekt festgestellt werden konnte, während das in den anderen Fällen der Fall gewesen sein soll¹⁾:

"The unlawfulness of the combination arose not from the fact that the defendants had effected a combination to gather and disseminate information, but from the fact, that the court inferred from the peculiar circumstances of each case that concerted action had resulted (Hervorhebung vom Verf.) or would necessarily result in tending arbitrarily to lessen production or increase prices".²⁾

Auch in Tag Institute³⁾ wird der angeblich⁴⁾ fehlende Effekt zur Grundlage der Entscheidung. Auf diesen Fall soll aber erst in späterem Zusammenhang näher eingegangen werden.

IV. per se-Verbot

In der Container-Entscheidung⁵⁾ gelangt der Supreme Court erstmals auf Grund einer reinen Effektfeststellung zum Verbot von Informationsaustausch-Verträgen. Diese Entscheidung ist deshalb besonders interessant, weil sie den vorläufigen Abschluß in der Kette der Entscheidungen des Supreme Court zu Informationsaustausch-Verträgen bildet.

Beklagte⁶⁾ waren Pappkarton-Hersteller im Südosten der Vereinigten Staaten, die zusammen einen Marktanteil von etwa 90 % hatten⁷⁾. In der Zeit von 1955 bis 63 wuchs die Zahl der Hersteller von 30 auf 51⁸⁾; das lag daran, daß zum Markteinstieg keine allzu großen finanziellen Mittel nötig waren⁹⁾, obwohl die Preise für Pappkartons einen Abwärtstrend¹⁰⁾ zeigten und ein Überangebot¹¹⁾ vorhanden war.

Die Pappbehälter der einzelnen Hersteller waren völlig gleich und die Nachfrage war unelastisch¹²⁾.

Diesen Herstellern war bereits im April 1940 in einem consent decree untersagt worden, Preisabsprachen¹³⁾ zu treffen.

In dem vom Gericht zu beurteilenden Zeitraum (1955 - 1963) fand in unregelmäßigen Zeitabständen ein Preisinformationsaustausch in der Weise statt, daß auf Anfrage eines interessierten Herstellers der befragte Hersteller bekanntgab, welchen Preis er welchem Kunden gegenüber verlangt hatte. Der fragende Hersteller erklärte sich mit seiner Frage implizit bereit, eventuelle Fragen seiner Konkurrenten zu beantworten¹⁾.

Weiter fanden zwischen den Beklagten gelegentlich "meetings" statt, bei denen auch über Preise gesprochen wurde²⁾.

1. Es lag hier keine ausdrückliche Vereinbarung, wie in den anderen Fällen vor. Es gab keine Mittelsperson, die die Informationen verteilte und interpretierte, es wurden keine Kontrollen durchgeführt, keine Strafen bei falschen Angaben verhängt, es wurden keine gleichförmigen und keine steigenden Preise festgestellt. Auch fehlten jegliche Äußerungen der Container-Hersteller, die sich auf einen Informationsaustausch bezogen hatten.

Bei dieser Sachlage boten sich in der Tat für den Supreme Court wenig Anhaltspunkte, um einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck festzustellen. Das Wort "purpose" oder ein Synonym kommt in der Entscheidung dann auch nicht ein einziges Mal vor³⁾.

2. Der Supreme Court stützt sich in seiner Entscheidung wesentlich auf objektive Umstände, die unabhängig von dem konkreten Informationsaustausch vorliegen. Dabei geht er von der richtigen Erkenntnis aus, daß man von objektiven Umständen, deren einzige Beziehung zum Willen der Parteien die Kenntnis dieser Umstände ist, leichter auf einen Effekt als auf einen Zweck schließen kann.

Er schloß aus der Tatsache, daß der Markt eine Überkapazität aufwies, daß die Preise im Sinken waren und daß dennoch die Zahl der Hersteller ständig zunahm, daß die Preise immer noch zu hoch seien und daß diese Preishöhe nur das Ergebnis einer Vereinbarung sein könnte⁴⁾.

Daß ein Informationsaustausch zu gleichem Preisverhalten führen müßte, schloß er aus der Marktstruktur und der

Homogenität der betroffenen Güter: in einem Oligopol¹⁾ von Herstellern homogener Güter und einem Markt, in dem die Nachfrage unelastisch ist, müsse ein Informationsaustausch zwangsläufig zu gleichen Preisen führen²⁾.

Zusammenfassend folgerte Justice Douglas:

"The inferences are irresistible that the exchange of price information has had an anti-competitive effect"³⁾.

3. Ob mit dieser Entscheidung ein per se-Verbot für Informationsaustausch-Verträge in einem Oligopol mit homogenen Gütern und unelastischer Nachfrage aufgestellt wurde, ist strittig⁴⁾. Dieser Streit soll hier auf sich beruhen, da es für die vorliegenden Untersuchungen nicht darauf ankommt, wie der Test zu qualifizieren ist, sondern nur darauf, was im einzelnen geprüft wurde.

Dabei ergibt sich, daß ein Effekt positiv nicht festgestellt⁵⁾, sondern lediglich vermutet wurde. Ein wettbewerbsbeschränkender Zweck wurde ebenfalls nicht nachgewiesen, um seine Feststellung bemühte sich der Supreme Court nicht einmal.

Im wesentlichen beruht die Entscheidung also auf abstrakten wirtschafts-theoretischen Überlegungen und auf Grundsätzen, die in den vorangegangenen Entscheidungen aufgestellt wurden.

Einige kritische Anmerkungen zu dem methodischen Vorgehen des Supreme Courts werden später noch nötig sein. Hier genügt es, festzustellen, daß ein Verbot des Informationsaustausches nur möglich war, indem der Supreme Court von dem in Sugar Institute⁶⁾ vorherrschenden Zwecktest zu dem Effekt-Test überwechselte, denn ein Zweck war bei dem vorliegenden Sachverhalt auf keinen Fall feststellbar. Weiter ist noch darauf hinzuweisen, daß ein per se-Verbot nicht etwa deshalb ausgesprochen wurde, weil der Effekt des Informationsaustausch-Vertrages völlig klar ist, sondern gerade deshalb, weil er noch nicht hinreichend bekannt ist.

C. Erforderlichkeit und Methode der Zweckprüfung

Es soll hier zunächst die These aufgestellt werden, daß die Wahl zwischen Zweck- und Effekt-Test nicht zur will-

kurlichen Disposition der Gerichte oder Kartell-Behörden steht, sondern daß es gewisse Regeln gibt, nach denen der jeweils anzuwendende Test zu ermitteln ist. Dabei sind die Testbereiche von vornherein gegeneinander abgegrenzt, je nachdem ob die zu beurteilende Vereinbarung schon durchgeführt ist oder sie erst Grundlage für kommende Tätigkeiten bilden soll. Im zweiten Fall scheidet eine Effektprüfung von vornherein aus, da tatsächliche Wirkungen eben noch gar nicht eingetreten sein können. Dieser Fall soll aber hier aus der Betrachtung ausgeschlossen werden, da die untersuchten Informationsaustausch-Verträge bereits durchgeführt waren, und es überdies zweifelhaft ist, ob nicht-durchgeführte Verträge überhaupt unter das Verbot des Section 1 des Sherman Act oder nicht nur unter den Clayton Act fallen¹⁾.

Bei den durchgeführten Verträgen könnte man sich - wie es der Supreme Court anscheinend tut - damit begnügen, beide Tests kumulativ anzuwenden.²⁾ Dies ist aber deshalb keine Lösung, weil hierdurch nur verschleiert wird, welches Merkmal das eigentliche Bewertungskriterium darstellt³⁾. Im übrigen verlangt diese Doppelprüfung auch einen unverhältnismäßigen Arbeitsaufwand, der die Durchsetzbarkeit des Antitrust-Rechts unnötig erschwert. Erforderlich ist eine Abgrenzung der Testbereiche vor allen Dingen deshalb, weil die Ergebnisse - wie oben dargelegt wurde - entsprechend den einzelnen Tests unterschiedlich sein können. Außerdem sind auch die Beweisforderungen teilweise⁴⁾ verschieden, je nachdem welcher Test zur Beurteilung der Vereinbarungen herangezogen wird.

I. Gesichtspunkte für die Zweckprüfungen

Die hier herausgestellten sechs Gesichtspunkte führen nicht isoliert unbedingt zu einer Zweckprüfung, sondern sie werden regelmäßig teilweise kumulativ vorliegen. Sie werden hier nur deshalb einzeln herausgestellt, da sie gedanklich durchaus getrennt erfaßt werden können und zu einem besseren Verständnis der Voraussetzungen

für eine Zweckprüfung dienen.

1. Zunächst ist an den Fall zu denken, daß ein Vereinbarungstyp **e r s t m a l s** vom Gericht **z u b e w e r t e n** ist, und die Auswirkungen dieser Vereinbarung ganz allgemein nicht genügend geklärt sind. So lag der Fall z.B. in *American Column and Lumber*¹⁾ der Supreme Court betrat mit dieser Entscheidung Neuland und hat sich richtigerweise nicht so sehr auf eine zweifelhafte Effektfeststellung eingelassen, sondern vielmehr nach dem Zweck der Parteien geforscht. Daß dabei auch versucht wurde, Marktauswirkungen festzustellen, ist sinnvoll, um so zu einer möglichst gerechten Bewertung der Vereinbarung zu gelangen. Die damals noch durchaus unsicheren Auswirkungen waren aber nicht geeignet, Grundlage einer Entscheidung zu sein.

Bei diesem Vorgehen ist ein gewisser Zwiespalt zwischen Rechts-theorie und Wirklichkeit nicht zu verkennen: während theoretisch vom Richter verlangt wird, daß er auf Anhieb die wettbewerbsrelevanz einer Vereinbarung richtig bestimmen kann, zeigt die Wirklichkeit, daß eine endgültige Bewertung erst durch mehrere Entscheidungen gewonnen werden kann. Der Zweck der Parteien bildet hier ein sehr geeignetes Kriterium, um sich an die Bewertung solcher Vereinbarungen "heranzutasten".

Daraus ergibt sich, daß das Merkmal "purpose or effect" ein dynamisches Merkmal ist. Es besteht die Tendenz, von der anfänglichen Zweckprüfung zu einer späteren Effektprüfung zu gelangen. Steht dann der Effekt endgültig fest²⁾, ist eine Rückkehr zum Zwecktest oder die Entwicklung von per se-Regeln möglich.

Die überragende Bedeutung des Zwecktests in der Praxis ergibt sich auch daraus, daß es dem Richter häufig unmöglich ist, die Marktauswirkungen einer Vereinbarung festzustellen. Die Volkswirtschaftstheorie leistet ihm hierbei regelmäßig nur wenig Hilfe. Das liegt einmal daran, daß sie selbst widersprüchliche Aussagen über die Auswirkungen macht, zum anderen aber auch daran, daß dem Richter bisweilen die Einsicht in diese Theorien ver-

wehrt ist¹⁾.

2. Eng mit dem ersten Gesichtspunkt hängt ein zweiter zusammen, der sich mit der **B e w e i s b a r k e i t** der Marktauswirkungen befaßt.

a. Zunächst ist zu fragen, was kann **u b e r h a u p t** bewiesen werden. Ergibt sich z.B., daß es zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht möglich ist, die Marktauswirkungen, die zweifellos vorhanden sind - denn sonst wäre die Vereinbarung nicht geschlossen worden - einigermaßen exakt festzustellen²⁾, so dürfte es kaum die richtige Entscheidung sein, mangels feststellbarer Auswirkung die Vereinbarung ohne weiteres für rechtmäßig zu erklären. In einem solchen Falle bleibt nur die Möglichkeit, den Zweck der Vereinbarung zu untersuchen.

b. Eine andere Frage ist aber die: Was ist **z u m u t - b a r** zu beweisen? Dieser Gedanke der Zumutbarkeit spielt in den Entscheidungen eine wichtige Rolle³⁾: ist es zwar möglich, Marktauswirkungen darzutun, ist dies aber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, so können die Gerichte auf einen leichter feststellbaren Zweck ausweichen.

Die Frage der Zumutbarkeit dürfte im Einzelfall außerordentlich schwer zu bestimmen sein. Dieser Gesichtspunkt ist bei der Frage Zweck oder Effektprüfung deswegen nur ergänzend heranzuziehen.

3. Einen Maßstab zur Bestimmung der Zumutbarkeit bildet der Gesichtspunkt der **D u r c h s e t z b a r k e i t** des Antitrustrechts. Danach kann eine eingehendere Untersuchung der Marktauswirkungen der Vereinbarung unterbleiben, wenn anders die Durchsetzung des Antitrustrechts nicht gewährleistet werden kann⁴⁾. Ihren Grund findet die Priorität der Durchsetzbarkeit des Antitrustrechts in dessen überragender Bedeutung⁵⁾ für die Gesellschafts- und wirtschaftliche Entwicklung des Staatswesens, dem sich eventuelle Einzelinteressen unterzuordnen haben⁶⁾.

4. Das Gebot der **R e c h t s s i c h e r h e i t** verlangt, daß von dem Prüfungsvorgehen in einem unmittelbar vorangegangenen Fall nicht ohne Grund abgewichen wird.

Der Verstoß gegen dieses Gebot ist letztlich verantwortlich für die wechselvolle Bewertung, die die Informationsaustausch-Verträge in der Entscheidungspraxis des Supreme Court erfahren haben¹⁾. War noch in Linseed Oil der Zweck das entscheidende Bewertungskriterium, so wechselte das Gericht in den beiden folgenden Fällen²⁾ ohne ersichtlichen Grund zum Effektttest über. Ein solcher Wechsel muß selbstverständlich möglich sein, er muß aber besonders begründet werden. Die Regel sollte die Test-Kontinuität sein, die allein die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen ermöglicht.

5. Schließlich gebietet es noch der Gesichtspunkt der V o r w e r f b a r k e i t, daß solche Vereinbarungen von vorneherein dem Zweckverbot unterliegen, in denen der wettbewerbsbeschränkende Zweck wörtlich aufgeführt ist. Selbst eine fehlende Eignung der Vereinbarungen, die Marktverhältnisse in irgendeiner Form zu beeinflussen, vermag sie nicht vor einem Verbot zu retten. Dieser Fall dürfte allerdings nur von akademischem Interesse sein und soll deshalb hier nicht weiter vertieft werden.

Kein Gesichtspunkt für die Abgrenzung der Testbereiche ist der Satz "in dubio contra reum", der besagt, daß im Zweifel der Test anzuwenden ist, der zum Verbot der Vereinbarung führt. Durch das Antitrustrecht sollen nicht wirtschaftliche Aktivitäten erstickt werden, sondern es soll der Rahmen geschaffen werden, in dem sich diese Aktivitäten besonders wirksam entfalten können. Diese Tatsache ist zu beachten, wenn es darum geht, zu beurteilen, wann der Gesichtspunkt der Durchsetzbarkeit von der Ermittlung einzelner Marktauswirkungen dispensiert.

Durch diese Abgrenzungsgesichtspunkte gewinnt der Zweck, der an sich dogmatisch der Effektprüfung zugeordnet ist, einen selbständigen Anwendungsbereich, der es rechtfertigt, in der Praxis die Merkmale "purpose" und "effect" unabhängig nebeneinander zu stellen.

II. Die Feststellungsmethoden

Diese Fragen werden üblicherweise unter dem Gesichts-

punkt behandelt, ob die Vereinbarungen einem per se Verbot unterliegen oder ob ein Test nach der rule of reason erforderlich ist¹⁾. Hier soll den Problemen der Bezeichnung²⁾ der einzelnen Tests nicht näher nachgegangen werden, sondern nur noch einmal zusammengefaßt werden, wie der Zweck, soweit er in ihnen eine Rolle spielt³⁾, festgestellt wird⁴⁾.

1. Zu berücksichtigen sind zunächst die o b j e k t i v e n U m s t ä n d e, die an sich unabhängig vom Willen der Parteien vorliegen, aber dennoch einen Schluß auf ihre Zwecksetzung zulassen.

a. Die Marktauswirkungen lassen einen bedingten Schluß auf den Zweck der Vereinbarung zu, da die widerlegbare Vermutung besteht, daß die jeweiligen Wirkungen der Vereinbarung bezweckt waren. Von Interesse sind hier natürlich nur die Wirkungen, die noch nicht ausreichen, um einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt zu bejahen. Zu denken ist hier vor allen Dingen an die Tatsache ständig steigender Preise⁵⁾. Diese Preiserhöhungen haben zwar nur einen sehr schwachen Beweiswert, sie haben aber den supreme Court bei seinen Entscheidungen zweifellos beeinflusst⁶⁾. Die eigentliche Bedeutung der Preiserhöhungen liegt in ihrer Signalfunktion für die Kartellbehörden: Bei zuständigen Preiserhöhungen, für die nicht unmittelbar ein wirtschaftlicher Grund gefunden werden kann, ergibt sich möglicherweise ein Verdacht einer Absprache.

b. Wesentlich bedeutungsvoller für die Feststellung des Zweckes ist die Marktstruktur und die Garenart (Homogenität), da unfehlbar vermutet wird, daß die Parteien diese Umstände kennen, und die Wirkungen ihrer Vereinbarung, die auf Grund dieser Umstände zwangsläufig eintreten, auch bezwecken.

In diesem Punkt hat sich die Rechtsprechung allerdings geändert. Während noch in Cement Protective Association⁷⁾ eine Feststellung auf Grund objektiver Marktumstände und durch die verursachter Wirkungen entschieden verneint wurde⁸⁾, sahnte sich in Morton Salt⁹⁾ bereits eine Wende an, bis schließlich im Container-Fall diese

objektiven Umstände sogar ausreichen, um einen Wettbewerbsbeschränkungseffekt festzustellen.

2. Entscheidend gestützt wird die Zweckfeststellung aber auf willensgetragene Umstände, die ihrer Natur nach besonders klare Schlüsse auf den Zweck zulassen.

a. Ausgangspunkt der Prüfung bilden regelmäßig die V e r t r a g s b e s t i m m u n g e n selbst. Dabei ist der Wortlaut eine relativ unergiebigere Beweisgrundlage, da - wie bereits erwähnt¹⁾ - ein ausdrücklich erklärter Wettbewerbsbeschränkungszweck wohl nie zu ermitteln ist. Dennoch bemüht sich der Supreme Court immer wieder, aus gewissen Formulierungen einen solchen Zweck zu erschließen. Insbesondere kann es für eine Vereinbarung verhängnisvoll sein, wenn sie keinen einleuchtenden, rechtfertigenden Zweck enthält²⁾.

Des öfteren wurde aber aus dem "Sinnzusammenhang" auf einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck geschlossen. Bei seiner Ermittlung stehen vor allen Dingen zwei Tests im Vordergrund: einmal wird die E i g n u n g der Vereinbarung, den angegebenen positiven Zweck zu verwirklichen, geprüft, zum anderen wird untersucht, ob die in der Vereinbarung vorgesehenen Mittel in einem angemessenen V e r h ä l t n i s zu dem erstrebten Zweck stehen. Auf Grund dieser Tests wurde z.B. der wettbewerbsbeschränkende Zweck in Sugar Institute ermittelt.³⁾

b. Berücksichtigt wird auch das vergangene Verhalten der Parteien (h i s t o r y), allerdings werden hier an das Kriterium der "Nahe zum Vertrag" sehr hohe Anforderungen gestellt⁴⁾. Es ist zwar unzweifelhaft, daß vorhergehende Umstände und Ereignisse zu dem zu bewertenden Vertragsschluß führten, es ist aber keineswegs von vornherein klar, in welchem Verhältnis die letztlich getroffene Vereinbarung zu diesen Umständen steht: sollen sie durch vertraglich begründete Pflichten aufrecht erhalten werden? Oder sollen sie geändert werden? Mit welchen Mitteln soll diese Änderung vorgenommen werden? Diese Fragen zeigen, daß voreilige Schlüsse aus der Vertragsvorgeschichte vermieden werden müssen.

c. Die entscheidende Grundlage für die Feststellung des Zwecks bildet in allen Entscheidungen das V e r h ä l t e n der Parteien n a c h der Vereinbarung¹⁾. Auch hier wird freilich eine große Nähe zum Vertrag verlangt, die durch die objektiven Kriterien der i n n e r e n und a u ß e r e n Nähe ermittelt wird, wobei die Einlassungen der Parteien als subjektives Kriterium zu berücksichtigen sind²⁾.

3. Das V e r h ä l t n i s der F e s t s t e l l u n g s m e t h o d e n zueinander, kann nicht in der Weise bestimmt werden, daß Rangverhältnisse aufgestellt werden. Die relevanten Umstände werden vielmehr in der Regel zum Teil nebeneinander vorliegen, wobei je nach dem Einzelfall der Beweiswert verschieden stark sein kann. Ganz allgemein kann gesagt werden, daß die Vereinbarung selbst (und insbesondere ihr Wortlaut) an Beweiswert abnimmt, je öfter Vereinbarungen des betreffenden Typs dem Supreme Court zur Entscheidung vorgelegen haben. Denn die Parteien sind dann in der Lage, ihre Abreden entsprechend den in den Entscheidungen aufgestellten Grundsätzen unschuldig zu "frisieren".

4. Das Verhältnis der einzelnen Beweisumstände zueinander und ihre jeweiliger Beweiswert wurden z.B. in der Entscheidung T a g I n s t i t u t e³⁾ verkannt: Zwischen den beklagten Herstellern von "tags" (Etiketten), die zusammen einen Markteintal von 95 % hatten, und Frank H. Baxter bestand eine Vereinbarung, die die Hersteller verpflichtete, an Baxter ihre Preislisten und bestimmte andere Informationen zu übermitteln, die dieser dann seinerseits an die anderen Hersteller weitergab.

Diese Informationen betrafen hauptsächlich Geschäfte, die zu anderen als in der Preisliste vorgesehenen Preisen abgeschlossen worden waren⁴⁾; dabei durfte Baxter die Namen der Käufer nicht weitergeben. Zu erwähnen ist noch, daß theoretisch diese Informationen auch interessierten Dritten zugänglich waren.

Baxter hatte die Möglichkeit, nachzuprüfen, ob alle Abweichungen von den vorgelegten Preislisten gemeldet wur-

den. Stellte er Unregelmäßigkeiten fest, so hatten die betreffenden Hersteller eine Geldsumme zu leisten, die als "liquidated damages" bezeichnet wurde. Das bedeutet, daß die Geldsumme sich nicht nach einem konkreten Schaden, sondern nach abstrakten Maßstäben errechnete.

Die beschriebene Vereinbarung hatte mehrere Vorgänger, von denen zumindest eine, die "minimum prices" verlangte¹⁾, nur dank des National Industrial Recovery Acts²⁾ dem Verbot des Sherman Act entzogen war.

In der praktischen Durchführung dieser Vereinbarung zeigte sich, daß die ausgetauschten Informationen keineswegs allgemein zugänglich waren und daß die "liquidated damages" sehr wohl Ähnlichkeit mit Strafvorschriften hatten. Außerdem war eine beachtliche Preisgleichheit auf dem Markt für "tags" festzustellen.

a. Das Gericht erkennt zunächst, daß der *Moort-laut* der Vertragsbestimmungen nur noch einen relativ geringen Beweiswert hat, da den Parteien bereits zahlreiche Entscheidungen des Supreme Court bekannt waren.

Es werden in der Vereinbarung wortreich alle Umstände ausgeschaltet, aus denen die Gerichte früher auf einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck geschlossen hatten:³⁾

Waren in *American Column and Lumber*⁴⁾ geheime Informationen als zweckbindend bewertet worden, so wurde hier die öffentliche Verbreitung der Informationen geradezu gefördert⁵⁾. Auch sollten die Informationen auf *...* beschränkt sein⁶⁾; verbotene Informationen waren nämlich ebenfalls in *American Column and Lumber*⁷⁾ verboten worden. Weiter war "adherence to prices"⁸⁾ ausdrücklich ausgeschlossen⁹⁾. Strafen bei Fehlinformationen¹⁰⁾ waren durch "liquidated damages" ersetzt.

Schließlich wurde auch noch die Beitrittsfreiheit zu dieser Vereinbarung zugesichert¹¹⁾, die in verschiedenen anderen Fällen (insbesondere Monopol-Fällen) gefordert worden war.

Diese Vereinbarung war also so rechtmäßig wie sie über-

haupt nur sein konnte, und mußte deshalb schon den Argwohn der Gerichte erregen. Derartige Mängel der war offensichtlich von einem derartigen Grad an Rechtmäßigkeit nicht ganz unbeeinträchtigt und stellte fest¹⁾:

"Of course, a written agreement may be a sham to mask an actual understanding of the parties to a different effect".

Allerdings vermochte er einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck nicht festzustellen, da er den Wortlaut der Vereinbarung als Hauptbeweisgrundlage wertete und alle anderen Umstände im Lichte dieser vorbildlichen Vereinbarung herunterspielte²⁾.

b. Das Gericht schien auch anzunehmen, daß die sonst noch beweisrelevanten Umstände nur dann zur Feststellung eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks herangezogen werden können, wenn sie kumulativ und zwar insbesondere neben einer verbotenen Vereinbarung vorliegen. So bewertet das Gericht die Tatsache, daß die ausgetauschten Informationen möglicherweise geheim seien, und daß es sich bei den "liquidated damages" u.U. um eine Strafvorschrift handle, und daß eine mit dem Informationsaustausch einhergehende, verabredete Typenbeschränkung ("standardization") zur Preisgleichheit führe, als unerheblich, und zwar verwendet es dabei jedesmal dasselbe, sehr wenig überzeugende Argument³⁾:

"But if the reporting agreement is otherwise lawful, such enhanced usefulness of the agreement as results from standardization would hardly infect it with illegality".

Wenn man diesem Argument - isoliert gesehen - auch zustimmen kann, so wird seine Überzeugungskraft doch wesentlich schwächer, wenn man berücksichtigt, daß mehrere an sich zum Beweis geeignete Umstände auf diese Weise für unerheblich erklärt werden. Lügen diese Umstände nämlich vor, dann wäre die Vereinbarung eben nicht mehr "otherwise lawful".

Es soll hier nicht so sehr großes Gewicht darauf gelegt werden, daß die Entscheidung im Ergebnis unzutreffend ist, wichtig ist hier nur, daß die Methode des Gerichts bei der Rechtsfindung bedenklich ist.

III. Im Rahmen der Feststellungsmethoden ist noch einmal auf die *per se* - Regeln zurückzukommen, da seit der Container-Entscheidung¹⁾ teilweise angenommen wird, Informationsaustausch-Verträge seien unter gewissen Umständen *per se* verboten.

Die *per se* rules besagen, daß einzelne Vereinbarungstypen von vorneherein verboten sind, da sie "inherent illegal" seien. Die Tragweite der *per se* - Regeln erschöpft sich aber nicht in den im einzelnen entwickelten "rules" (price fixing rule; group boycott rule etc.), sondern in ihnen kommt ein Prinzip zum Ausdruck, das besagt, daß in Antitrust-Fällen der Umkreis der relevanten Umstände nach Möglichkeit scharf umrissen sein soll und somit eine Ausuferung der Untersuchungen vermieden werden soll. Gemäß diesem Prinzip sollte bei der Beurteilung jedes Vertragstyps versucht werden, den Umkreis der relevanten Umstände von vorneherein zu begrenzen, um so der These entgegenzuwirken, "alle Umstände seien zu berücksichtigen". Denn diese These, die mit dem Gebot der Gerechtigkeit begründet wird, ist in sich widersprüchlich und unwahr, da es schlechterdings unmöglich ist, "alle" Umstände zu prüfen.

IV. Abschließend sollen noch einige Hinweise zur *beweisrechtlichen Einordnung* des Zwecks im Rahmen der Effektprüfung gegeben werden.

1. Der festgestellte Zweck begründet eine unwiderlegbare Vermutung²⁾ dafür, daß die Vereinbarung bereits zu einer Wettbewerbsbeschränkung geführt hat oder zumindest notwendig führen wird. Die verbotsbegründende Wirkung dieser Vermutung kann im Ergebnis mit *drei Mitteln* beseitigt werden.

Zunächst steht es den Beklagten frei, die Tatsachen und Erwägungen anzugreifen, die zur Konstituierung der Vermutungsbasis geführt haben. Weiter können sie im Rahmen

der rule of reason geltend machen, daß die Wettbewerbsbeschränkung aus besonderen Gründen gerechtfertigt sei. Und schließlich muß es auch möglich sein, gegen das Zweckverbot mit dem Einwand vorzugehen, in dem zu beurteilenden Fall hatte ein wettbewerbsbeschränkender Effekt festgestellt werden müssen. Wäre dies nicht möglich, so hätten die Erfordernisse, die an die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Zweckprüfung gestellt wurden¹⁾ nur wenig Sinn.

2. Einer beweisrechtlichen Einordnung bedürfen aber auch die Umstände, die zur Feststellung des Zwecks - also zur Konstituierung der Vermutungsbasis - führen. Es liegt nahe, diese Umstände lediglich als Indizien anzusehen. Das bedeutet, daß sie in ihrer Gesamtheit²⁾ den Schluß auf einen Zweck zulassen, wobei dieser Schluß entweder auf Erfahrungssätzen oder auf rechtlich relevanten Wertungen beruht.

Die Schwäche des Indizienbeweises liegt darin, daß das einzelne Indiz noch keine Folgerung auf einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck zuläßt und daß ein Schluß aus der Gesamtheit der Indizien bereits dadurch unzulässig wird, daß die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Schlusses dargelegt wird.

Da aber die Folgerungen aus den oben³⁾ im einzelnen aufgeführten Umständen keineswegs bereits dadurch beseitigt werden konnten, daß die Möglichkeit anderer Folgerungen dargetan wurde und auch darüber hinaus bereits einzelne Umstände geeignet waren, einen Schluß auf den wettbewerbsbeschränkenden Zweck zuzulassen, würde es der Bedeutung dieser Umstände nicht gerecht, würde man sie pauschal lediglich als "Indizien" bezeichnen.

Zu denken wäre auch an die Qualifikation als Anscheinsbeweis⁴⁾. Dem steht aber entgegen, daß die Folgerungen nicht lediglich auf Erfahrungssätzen, sondern z.T. auf rechtlichen Wertungen beruhen. Außerdem sind beim Anscheinsbeweis die Schlußfolgerungen ähnlich leicht zu beseitigen, wie bei dem Indizienbe-

weis. Dieser Umstand wird aber der tatsächlichen Rechtslage nicht gerecht.

Vieles spricht dafür, den Umständen, die letztlich für die Feststellung des Zwecks entscheidend waren, die Wirkung von widerlegbaren Vermutungen beizulegen¹⁾.

Die Folgerungen aus diesen "Vermutungen" beruhen nämlich teils auf Erfahrungssätzen²⁾, teils aber auch auf tatbestandsfremden Umständen - nämlich rechtlichen Wertungen. So wurde z.B. in "Lumber Dealers"³⁾ aus dem Verhalten der Parteien vor der Vereinbarung auf den wettbewerbsbeschränkenden Zweck geschlossen, da der Supreme Court annahm, daß die getroffene Vereinbarung rechtlich die Marktaufteilung sichern sollte, um die sich die Parteien vorher praktisch bemüht hatten (Erfahrungssatz). Die Vermutung fand ihre Grundlage auch darin, daß die Parteien durch ihr tatsächliches Verhalten einen rechtswidrigen Zustand angestrebt hatten und es nun ihnen oblag, diesen einmal begründeten Schein der Rechtswidrigkeit wieder zu beseitigen. In anderen Fällen rechtfertigen sich die Vermutungen vor allen Dingen auch mit der schwierigen Beweislage für die Kartellbehörden und die Gerichte. Liegen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, die auf einen Wettbewerbsbeschränkungszweck hindeuten, so ist es deshalb sinnvoll, Vermutungen aufzustellen, um die Parteien zu zwingen, daß ihnen zur Verfügung stehende Beweismaterial offenzulegen.

D. Ergebnis

1. Im Rahmen der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Antitrust-Fällen hat der Zweck mehrere Funktionen zu erfüllen. Der Unterschiedlichkeit der Funktionen korrespondiert eine Unterschiedlichkeit der Feststellungsmethoden.

2. Der Zweck hat seinen dogmatischen Standort im Rahmen der Effektprüfung. Ihm ist aber aus praktischen Gesichtspunkten ein selbständiger Anwendungsbereich zuzuweisen, was in bestimmten Fällen dazu führt, daß der Zweckprüfung ein Vorrang vor der Effektprüfung zukommt. Ein Prüfungswechsel von der Effekt- zur Zweckfeststellung und umgekehrt muß begründet werden.

Zur Feststellung des Zwecks als Alternativ-Merkmal zum

Effekt sind nur solche Umstände geeignet, die eine bestimmte "Nähe zur Vereinbarung" aufweisen. Diese Nähe ist nach bestimmten Kriterien zu bestimmen.

5. Ein festgestellter Zweck führt zu einer unwiderlegbaren Vermutung dafür, daß die zu beurteilende Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt hat oder notwendig bewirken wird. Die verbotsbegründende Wirkung dieser Vermutung kann durch drei Einwände beseitigt werden: Einwände, die die Vermutungsbasis betreffen; Einwände, die die Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung betreffen, und Einwände, die die Unzulässigkeit der Zweckprüfung betreffen.

3. Teil

Der Zweck im EWG-Kartellrecht.

1. Abschnitt

Überblick über die Darstellung.

Gegenstand und Gang der Untersuchung.

Die aus dem amerikanischen Antitrust-Recht gewonnenen Erkenntnisse können nicht ohne weiteres in das EWG-Kartellrecht übernommen werden, da - wie noch zu zeigen sein wird - der "purpose" des Sherman Act nicht mit dem "Bezwecken" des Art. 85 Abs. 1 des EWG-Vertrages gleichgesetzt werden kann. Soweit der Anwendungsbereich der beiden Normen aber ähnlich oder gleich ist, wird es sich als sinnvoll erweisen, das US-Recht für die Interpretation des Art. 85 Abs. 1 fruchtbar zu machen¹⁾.

I. Informationsaustausch-Verträge.

Ebenso wie in der amerikanischen, so spielt auch in der europäischen Wirtschaft der Informationsaustausch eine außerordentlich wichtige Rolle. Bis hierher aber in der EWG-novellensichtlich - kein formelles Verfahren durchgeführt wurde, das sich ausschließlich, oder in der Hauptsache mit derartigen Verträgen befaßt, kann die Beurteilung der Marktinformations-Verfahren nicht Grundlage für die Ermittlung der Bedeutung des Zwecks im EWG-Kartellrecht sein. An dieser Stelle soll nur ein kurzer Überblick über die Fälle gegeben werden, in denen der Informationsaustausch eine Rolle spielte und die Kommission zu einer kartellrechtlichen Wertung veranlaßte. Dabei wird deutlich, daß diese Wertung sich maßgeblich an dem Zweck der Absprachen orientiert.

1. In der "Kooperationsfibel"²⁾ wird ausgeführt:

"Vereinbarungen, die nur dazu dienen, gemeinsam Informationen zu beschaffen, die die einzelnen Unternehmen benötigen, um ihr künftiges Verhalten im Markt selbständig und unabhängig voneinander zu bestimmen ... bezwecken oder bewirken keine Wettbewerbsbeschränkung ... Jedoch ist die

Trennung zwischen wettbewerbsneutralen Informationen und wettbewerbseinschränkendem Verhalten bei Auftrags-, Umsatz-, Investitions- und Preismeldestellen besonders schwierig, so daß in der Regel nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß sie nicht von Art. 85 Abs. 1 EWGV oder Art. 65 § 1 EGKSV berührt werden. Eine Wettbewerbsbeschränkung kann insbesondere bei einem Informationsaustausch in einem oligopolistischen Markt mit homogenen Gütern eintreten."

Die Kommission hatte bereits verschiedentlich Gelegenheit, diese allgemeinen Grundsätze in der Praxis näher zu präzisieren.

2.a. Informationen, die die Herstellung betrafen, wurden in der Regel als wettbewerbsunschädlich angesehen, so z. B. in Europypsum¹⁾, wo Kenntnisse über die Herstellung durch Werksbesichtigungen, Vorträge, Filme und Fachzeitschriften verbreitet wurden; auch in Jez-peter²⁾ wurde ein Informationsaustausch im Rahmen einer allgemeinen Kooperation stattgefunden, was rechtmäßig erklärt³⁾. Wie die Kommission in einer Mitteilung nach Art. 19 Abs. 3 VO 17 kürzlich bekanntgab, berücksichtigt sie⁴⁾, einen Informationsaustausch zwischen Waffen- und Munitionsherstellern, der sich auf Forschung und Fertigungsmethoden bezieht, für rechtmäßig zu erklären.

b. Informationen, die die Vermarktung betreffen, werden hingegen unterschiedlich beurteilt.

a a. V e r b o t e n wurde ein Austausch detaillierter Geschäftsangaben (vor allem Angaben der Preise) in Trans-ocean⁵⁾; die gleiche Beurteilung fand ein Austausch von Preisen und Verkaufsbedingungen in Vereniging van Vernis - en Verrfabrikanten in Nederland (V.V.V.F.)⁶⁾. Schließlich bleibt noch die Chanin-Entscheidung der Kommission⁷⁾ zu erwähnen, in der ein ungesetzlicher Austausch, der sich auf Umsatz, Erlöse für bestimmte Produkte und Rabatte bezog, für wettbewerbsbeschränkend erklärt wurde.

b b. Dieser Serie von verbotenen Informationsaustausch-Verträgen, steht lediglich ein Fall gegenüber, in dem die Kommission einen derartigen Austausch, der sich auf die Vermarktung von Produkten bezog, für rechtmäßig erklärte. In ACEC-Berliet¹⁾ - einem Kooperationsvertrag, - war ACEC verpflichtet, vor dem Verkauf von Produkten, die Vertragsgegenstand waren, Berliet zu unterrichten. Wie sich aus dem im Amtsblatt mitgeteilten Sachverhalt ergibt, ersetzte diese Informationspflicht ein vorhergehendes generelles Verkaufsverbot für ACEC. Die Kommission erklärte diesen Informationsaustausch mit wenig überzeugenden Gründen für rechtmäßig²⁾:

"Diese Bestimmung begründet nur eine bloße (!) Informationspflicht und stellt keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Diese Bestimmung könnte eine solche lediglich dann enthalten, wenn sie Berliet die Möglichkeit gabe, sich einer Anknüpfung von Beziehungen seitens der ACEC zu gewissen dritten Unternehmen zu widersetzen."

c. Zu erwähnen bleibt noch ein Fall, in dem der Informationsaustausch offensichtlich Kernstück einer Vereinbarung war, der aber nicht mit einer formellen Entscheidung abgeschlossen wurde, da die Parteien ihr Verhalten gemäß den Forderungen der Kommission änderten³⁾: hier wurde ein Informationsaustausch zwischen Spezialversicherungsunternehmen aus vier Mitgliedsstaaten deshalb untersagt, weil die mitzuteilenden Daten normalerweise Geschäftsgeheimnisse waren und echten Konkurrenten nicht mitgeteilt worden wären.

3. Als Ergebnis dieses kurzen Überblicks läßt sich nur feststellen, daß die Wettbewerbsrelevanz von Informationsaustausch-Verträgen nicht abstrakt beurteilt werden kann, wenngleich sich sagen läßt, daß Informationen, die die Vermarktung von Produkten betreffen, eher wettbewerbsbeschränkend sind als solche, die sich auf die Herstellung beziehen. In jedem Falle täte die rechtsanwendende Behörde gut daran, den Zweck derartiger Verträge sorgfältig zu ermitteln.

Der Gegenstand der folgenden Untersuchung ist in mehrfacher Hinsicht beschränkt. Zunächst werden fast ausschließlich die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und diejenigen Kommission als Fall-Material benutzt, um die Bedeutung des "Locks" zu verdeutlichen. Die nationalen Entscheidungen werden dagegen vernachlässigt, da sie zu vereinzelt sind und nur eine klare Linie erkennen lassen. Bisweilen stellen sie nur eine mehr oder weniger gelungene Interpretation einiger rätselhafter Stellen in den Entscheidungen des EuGH dar. Weiter wird sich die Untersuchung hauptsächlich mit horizontalen Verträgen - den eigentlichen Kartellabsprachen - befassen. Vertikalverträge werden allerdings entsprechend ihrer praktischen Bedeutung im EWG-Kartellrecht häufig ergänzend herangezogen.

Gemäß ihrer unterschiedlichen aktuellen Wettbewerbsrelevanz werden die Absprachen in zwei große Gruppen eingeteilt.

Zur ersten Gruppe gehören diejenigen Absprachen, die nach Art. 85 Abs. 1 zu bewerten aber noch nicht durchgeführt sind. Hierzu sind Vereinbarungen zu zählen, die

1. in keiner Form durchgeführt sind (nicht durchgeführte Erst-Vereinbarung),

2. durchgeführt, aber so geändert worden sind, daß eine neue Beurteilung nötig ist: diese geänderten Vereinbarungen stehen praktisch den nicht durchgeführten Vereinbarungen gleich (nicht durchgeführte Zweit-Vereinbarung),

3. durchgeführt sind, bei denen aber eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung für die Vergangenheit nicht festgestellt werden konnte und die nun auf ihre Zukunftsrelevanz hin untersucht werden müssen.

Zur zweiten Gruppe gehören die durchgeführten Absprachen, die von der Kommission als Rechtsanwendungsbehörde funktionsgeteilt werden können nach dem Anlaß, der zu ihrer Überprüfung führt:

1. Wird die Absprache von den Unternehmen angemeldet, so wird die Absprache selbst die primäre Beurteilungsgrundlage abgeben.
2. Wird die Kommission hingegen von Amts wegen oder auf

Grund einer Beschwerde mit der Sache befaßt, so werden zunächst einmal die Marktauswirkungen zu beurteilen sein.

III. Die K r i t e r i e n, die zur Beurteilung von wettbewerbsrelevanten Absprachen herangezogen werden, sind neben dem Zweck die Wirkung und die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung. Die Abgrenzung und Erfassung dieser Kriterien wird dadurch erheblich erschwert, daß der EuGH sie - wie auch die meisten anderen Tatbestandsmerkmale des Art. 85 Abs. 1 - in das Dunkel der "wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände" versenkt hat. Man hat viel darüber spekuliert, was unter diesen "Begleitumständen" eigentlich zu verstehen sei und für welche Tatbestandsmerkmale sie von Bedeutung seien: für den Zweck, für die Wirkung, für die Handelsbeeinträchtigung, für den Wettbewerbs-Begriff. Inzwischen dürfte geklärt sein, daß sie überall zu berücksichtigen sind¹⁾. Diese Formel wird man nicht dahin auslegen können, daß immer alle Umstände zu berücksichtigen seien bei Anwendung eines dieser Kriterien. Eine erste Grenze ergibt sich bereits daraus, daß nur die bekannten Umstände berücksichtigt werden können, aber nie alle Umstände bekannt sind. Weiter sind nur die relevanten Umstände zu berücksichtigen und nicht Fakten, die mit dem zu beurteilenden Fall gar nichts zu tun haben. Welche der unendlich vielen Fakten in diesem Sinne relevant sind, das muß im Einzelfall anhand der Tatbestandsmerkmale des Art. 85 Abs. 1 bestimmt werden.

So gesehen besagt die Formel des EuGH lediglich, daß bei der Beurteilung von Absprachen voreilige Generalisierungen zu vermeiden sind, nicht aber, daß niemals bestimmte Begleitumstände unberücksichtigt bleiben dürfen. Zur Erhellung des Tatbestandes des Art. 85 Abs. 1 trägt die Formel von den Begleitumständen nichts bei, vielmehr müssen die Tatbestandsmerkmale so präzisiert werden, daß ihr Anwendungsgebiet einigermaßen umrissen ist und sie es dem Richter ermöglichen, die für die Entscheidung relevanten Fakten zu ermitteln.

In den beiden folgenden Abschnitten wird nun versucht, den

Anwendungsbereich des Merkmals "Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung" näher zu bestimmen.

2. Abschnitt

Der Zweck als Bewertungskriterium für die Zukunftsrelevanz.

Wenn eine rechtsanwendende Behörde eine Absprache zu beurteilen hat, so muß sie diese Absprache immer (auch) auf ihre Zukunftsrelevanz hin untersuchen. Dies ergibt sich aus dem Gesetz, aus allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen und auch aus Äußerungen der Kommission selbst.

Zwar ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Absprachen auf ihre Zukunftsrelevanz hin zu untersuchen sind, einige Vorschriften setzen aber ein solches Prüfungsvorgehen stillschweigend voraus. So ist in einer nicht durchgeführte Vereinbarung nach Art. 2 VO 17 ein negativ-Attest beantragt oder wird eine solche Vereinbarung gemäß Art. 4 VO 17 angemeldet, so kann ihre Beurteilung nur nach ihrer potentiellen Wettbewerbswirkung erfolgen. Ebenso läßt Art. 8 VO 17, der eine Rechtsgrundlage für Auflagen und Bedingungen darstellt, erkennen, daß die Kommission sich mit der zukünftigen Entwicklung der zu beurteilenden Vereinbarung zu befassen hat.

Die Kommission selbst hat diese Tatsache klar in mehreren Entscheidungen zum Ausdruck gebracht: so heißt es z.B. in der Entscheidung Socemas¹⁾: "Bei der Beurteilung ... ist nicht nur der derzeitig bekannte Sachverhalt zu berücksichtigen, sondern auch die Entwicklung, wie sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorausgesehen werden kann."

Diese Berücksichtigung der Zukunftsrelevanz hat nichts mit dem Streit zu tun, ob im europäischen Kartellrecht das Verbots- oder Mißbrauchs-Prinzip gilt. Das Verbotprinzip besagt, daß eine wettbewerbsbeschädliche Vereinbarung ohne weiteres verboten ist, ohne daß dies extra festgestellt zu werden braucht. Es sagt aber nichts darüber, warum sie verboten ist. Das Mißbrauchsprinzip hingegen besagt, daß eine Vereinbarung erst dann verboten ist, wenn dies auf Grund eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts festgestellt worden ist. Es besagt aber nicht, daß eine Vereinba-

rung, die der rechtsanwendenden Behörde zur Beurteilung vorliegt, nicht auch auf ihre Zukunftsrelevanz hin untersucht werden kann. Selbst wenn also nach den Entscheidungen des EuGH in den Fällen Portelange¹⁾ und Bilger-Jehle²⁾ praktisch das Mißbrauchsprinzip gilt³⁾, so ändert dies nichts daran, daß die Vereinbarungen auf ihre Zukunftsrelevanz hin untersucht werden müssen⁴⁾.

Im folgenden Kapitel soll zunächst dargestellt werden, nach welchen Kriterien die Kommission die nicht durchgeführten Vereinbarungen beurteilt. Im 2. und 3. Kapitel soll dann versucht werden, den Zweck-Test näher zu bestimmen und ihn dogmatisch sinnvoll in den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 einzuordnen.

1. Kapitel

Das Prüfungsvorgehen der Kommission bei nicht durchgeführten Absprachen.

A.

Noch nicht durchgeführte "Erst-Vereinbarungen".

I. In dem Fall A C E C - B e r l i e t⁵⁾ war ein Kooperationsvertrag zu beurteilen, der die Entwicklung, Herstellung und die Vermarktung von elektrisch angetriebenen Omnibussen betraf. U.a. war vorgesehen, daß das belgische Unternehmen ACEC (Atelier de Construction Electrique de Charleroi), das die elektrischen Antriebe herstellte, diese in Frankreich nur an Berliet und in den anderen EWG-Staaten (mit Ausnahme von Belgien) nur an je einen einzigen Omnibus-Hersteller verkaufen durfte. Diese Vereinbarung war im November 1965 geschlossen und im Juni 1967 geändert⁶⁾ worden. Da es sich um ein Entwicklungsprojekt handelte, konnte die Kommission sich bei ihrer Entscheidung im Juli 1968, also praktisch nur auf die Vereinbarung als solche, nicht aber auf irgendwelche Marktauswirkungen stützen. Die Kommission stellte einen wettbewerbsbeschränkenden Z w e c k und somit einen Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 fest. Gefolgert wurde dieser Zweck aus der Vereinbarung selbst, obwohl diese einen ausdrücklich beschränkenden Zweck nicht enthielt. Insoweit reichte die abstrakte Signung, wettbewerbsrelevante Freihei-

ten der Vertragspartner, Dritthersteller und Verbraucher zu beschränken. Als weiteres Indiz für einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck dienten objektive Marktumstände, die von den Betrieben der Vertragspartner unabhängig waren (so die beschränkte Zahl der Omnibushersteller von Belgien). Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß

1. der nicht durchgeführte Vertrag nach seinem Zweck bewertet wurde und
2. daß dieser Zweck aus der abstrakten Eignung des Vertrages, den Wettbewerb zu beschränken, gefolgert wurde.
3. Eine eigentliche Motivforschung findet nicht statt.

II. Einen etwas sorgfältigeren Test führt die Kommission in dem ein Jahr später entschiedenen Fall *Clima-Chapée - Buderus*¹⁾ durch. Die französische Firma Clima-Chapée und das deutsche Unternehmen Buderus hatten einen Spezialisierungs- und Alleinvertriebsvertrag geschlossen. Die Vereinbarung sah u.a. vor, daß beide Unternehmen jeweils die Produktion von bestimmten Geräten, die der Partner herstellte, unterlassen sollte²⁾. Für die nicht selbst hergestellten Geräte sollte das jeweilige Unternehmen für sein Land das Alleinvertriebsrecht erhalten.

Außerdem bestanden für einige Geräte, die nicht Gegenstand des Spezialisierungsabkommens waren, gewisse Vorzugsrechte. Diese Vereinbarung war im Januar 1965 geschlossen worden, die Entscheidung erging bereits im Juli 1969. Messbare Marktauswirkungen dürfte die Vereinbarung in diesem kurzen Zeitraum kaum ge-

habt haben, da die Spezialisierung der Produktion erst begonnen wurde ¹⁾.

Auch hier stützt die Kommission ihr Verbot nach Art. 85 Abs. 1 auf den wettbewerbsbeschränkenden **Zweck** der Vereinbarung. Als Beweisgrundlage dient vor allen Dingen die Vereinbarung selbst, die nach Ansicht der Kommission die Spezialisierungsabrede und die Einräumung der Alleinvertriebsrechte umfaßte ²⁾. Ausführlich erörtert werden auch objektive Marktumstände, die in unmittelbarer Beziehung zu den Betrieben der Vertragspartner standen (betriebsbezogene objektive Marktumstände), nämlich die wirtschaftliche Bedeutung und Finanzkraft der Unternehmen. Betriebsunabhängige Marktumständen - wie z.B. die Anzahl der Konkurrenzunternehmen - wurden ebenfalls herangezogen.

Auch hier scheint sich die Kommission damit zu begnügen, daß die Vereinbarung abstrakt geeignet sei, den Wettbewerb zu beschränken. Die angeführten Tatsachen könnten aber auch schon den Schluß rechtfertigen, daß die Vereinbarung konkret geeignet sei, den Wettbewerb zu beschränken. Was aber nach wie vor fehlt, sind Indizien, die einen eindeutigen Schluß auf den Zweck der Vertragspartner zulassen.

B.

Nicht durchgeführte "Zweit-Vereinbarungen".
Unklar bleibt auch, welche Maßstäbe die Kommission anlegt, wenn es gilt, Vereinbarungen zu beurteilen, die selbst zwar noch nicht durchgeführt sind, die aber im wesentlichen Sachverhalte regeln, die Gegenstand einer früheren, durchgeführten Vereinbarung

rung waren. Solche Vertragsänderungen oder "Zweitvereinbarungen" verdanken ihre Häufigkeit einem Prüfungsvorgehen der Kommission, das großen Wert darauf legt, formelle Kartellrechtsentscheidungen (oder zumindest Verbotsentscheidungen) dadurch zu vermeiden, daß die betroffenen Parteien in verhandlungen dazu bewegt werden, ihre Vereinbarungen mit dem Gesetz in Einklang zu bringen. Gesetzliche Grundlagen für dieses Vorgehen bieten etwa Art. 3 Abs. 3 VO 17 oder auch das Anhörungsverfahren gemäß Art. 19 Abs. 1 VO 17. Auf Grund der Änderungsvorschläge stellen dann die Unternehmen entweder ihr beanstandetes Verhalten vollständig ein ¹⁾, oder ändern die Vereinbarung in den beanstandeten Punkten ²⁾. Nach welchen Gesichtspunkten die Kommission die beanstandete Vereinbarung beurteilt, soll anhand einiger Fälle dargestellt werden.

I. In dem A. S. P. A. - Fall ³⁾ wurde ein Negativ-Attest für ein "règlement général" einer Vereinigung von Parfümeriewarenherstellern, Vertretern und Händlern von Parfümeriewaren ⁴⁾ erlassen. In dem Verfahren, das es Zweck der Vereinbarung war, unlauteren Wettbewerb, Warenzeichenverletzungen und betrügerische Einführen zu verhindern ⁵⁾. Der Bekanntmachung gemäß Art. 19 Abs. 3 VO 17 ⁶⁾ ist dann noch zu entnehmen, daß für Geschäfte mit Parfümeriewaren angemessene und loyale Bedingungen gewährleistet werden sollten. Im übrigen scheint die Vereinbarung nur Bestimmungen zu enthalten, die eine vorangegangene wettbe-

werbsbeschränkende Abrede ausdrücklich aufheben.

Diese ehemalige Vereinbarung sah u.a. ausschließlich Bezugs- und Lieferpflichten vor. Dazu kamen noch eine Bindung der Endverbraucherpreise und kollektive Boykottmaßnahmen gegenüber jedem Mitglied, das gegen die Vereinbarung oder individuell auferlegte Vertragspflichten verstieß¹⁾.

Diese Vereinbarung war im Februar 1959 geschlossen worden und im Dezember 1969 verbindlich durch die eingangs aufgezeigte Aomachung ersetzt worden²⁾.

Bereits im März 1970 veröffentlichte die Kommission die Bekanntmachung nach Art. 19 Abs. 3 VO 17³⁾, der dann im Juni 1970 die Entscheidung folgte.

Nach welchen Kriterien die Kommission die Vereinbarung beurteilte, ist deshalb besonders schwer festzustellen, da ein Negativ-Attest erteilt wurde und somit sowohl ein wettbewerbsbeschränkender Zweck als auch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung verneint werden mußten. Aber schon allein nach der Länge der Ausführungen dürfte es berechtigt sein, davon auszugehen, daß die **Zweckprüfung** ganz im Vordergrund gestanden hat⁴⁾.

Grundlage der Entscheidung war vor allen Dingen die geänderte Vereinbarung selbst und hier wiederum wurde den Klauseln, die die beanstandeten Regelungen in der alten Vereinbarung aufhoben, besondere Bedeutung beigemessen. Die selbständige Zukunftsrelevanz der neuen Vereinbarung wurde praktisch nicht untersucht. Eine Eignungsprüfung findet ebenso wenig statt wie eine echte Zweckfeststellung. Den positiven Zweck schließt die

Kommission einzig aus der Tatsache, daß die beanstandeten Klauseln der alten Vereinbarung aufgehoben wurden.

II. Ebenfalls aus dem Verhältnis der geänderten zur beanstandeten Vereinbarung schließt die Kommission in dem K o d a k ¹⁾ - Fall auf einen positiven oder zumindest wettbewerbsneutralen Z w e c k . Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Mit Ausnahme von Luxemburg besteht in allen EWG-Staaten eine Hauptniederlassung der amerikanischen Firma Eastman Kodak. Diese Hauptniederlassungen hatten gleichlautende Geschäftsbedingungen erlassen, die u.a. vorsahen, daß belieferte Wiederverkäufer die Waren nicht weiter exportieren durften, und daß die Filme, Fotoapparate usw. nur in von Kodak anerkannten Geschäftslokalen verkauft werden durften. Bestellt jemand Waren direkt bei einer der Hauptniederlassungen von Kodak, so hatte er jeweils den Preis zu zahlen, den die für sein Heimatland zuständige Hauptniederlassung forderte ²⁾.

Auf Anraten der Kommission wurden diese, im Juni 1963 erlassenen Geschäftsbedingungen, im Januar 1970 abgeändert und mit Entscheidung im Juni 1970 als wettbewerbsunschädlich erklärt.

In der geänderten Fassung sahen die Geschäftsbedingungen keinerlei Exportverbote mehr innerhalb der EWG - Staaten vor; außerdem war festgelegt, daß die Hauptniederlassung, die die Filme tatsächlich lieferte, nach ihren Preislisten die Rechnungen stellte. Kodak behielt sich aber nach wie vor das Recht der Geschäftsverweigerung gegenüber Wiederverkäufern vor; allerdings war jetzt die Ausübung dieses Rechts an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft.

Die Kommission stellte fest: "In ihrer geänderten Fassung bezwecken oder bewirken die Geschäftsbedingungen ... keine Einschränkung ... des Wettbewerbs ... ¹⁾" Wie im A.S.P.A.-Fall ergibt sich auch hier aus dem Zusammenhang der Entscheidung, daß die Kommission in erster Linie bemüht ist, den Zweck der Vereinbarung zu ermitteln. Beurteilungsgrundlage ist wiederum zunächst die Vereinbarung selbst. Außerdem zog die Kommission - wie es inzwischen ständiger Rechtsprechung ²⁾ und Verwaltungsübung ³⁾ entspricht - das Gesamtsystem der Vereinbarungen zwischen den Hauptniederlassungen von Kodak und den Vertriebshändlern als Beurteilungsgrundlage heran.

Wie bereits erwähnt, wurde der unbedenkliche Zweck der Vereinbarung vorwiegend aus der Tatsache geschlossen, daß die neuen Geschäftsbedingungen ausdrücklich die von der Kommission beanstandeten Klauseln aufhoben. Daneben findet aber auch eine - allerdings sehr fragmentarische - Prüfung der Zukunftsrelevanz der neuen Geschäftsbedingungen statt, indem die Kommission feststellt, daß auf Grund der "augenblicklichen Verhältnisse" eine Möglichkeit mißbräuchlicher Anwendung der Geschäftsbedingungen nicht bestünde ⁴⁾. Hier wird also die konkrete Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung verneint, eine eigentliche Zweckforschung findet aber genau so wenig statt wie in dem oben geschilderten A.S.P.A.-Fall ⁵⁾.

C.

Der kurze Überblick der Beurteilung nicht durchgeführter Absprachen zeigt, daß die Kommission als Hauptbewertungskriterium den Zweck heranzieht, diesen Zweck aber aus Umständen folgert, die in den

allermeisten Fällen nur auf eine (abstrakte oder konkrete) Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung schließen lassen. Weiter erwecken die Entscheidungen den Eindruck, daß die Kommission weniger bemüht ist, die Tatbestandsmerkmale des Art. 85 Abs. 1 scharf zu erfassen als darum, eine "allgemeine" Beurteilung der vorliegenden Absprachen mit den in Art. 85 Abs. 1 gebrauchten Wörtern abzustützen. In den folgenden Kapiteln soll versucht werden, zu verdeutlichen, was unter dem Merkmal "Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung" zu verstehen ist. Dabei ist zunächst zu klären, welche Bedeutung die "Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung" hat und wie sie in den Tatbestand einzuordnen ist.

2. Kapitel

Die "Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung" als Kriterium der Zukunftsrelevanz.

A.

Die Eignung im Tatbestand der Art. 85 Abs. 1 Was unter der "Eignung zur Handelsteeinträchtigung" zu verstehen ist, bleibt zunächst unerörtert ¹⁾. Hier geht es nur um die "Eignung" soweit sie im Rahmen des Merkmals "Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung" von Bedeutung ist. Die Kommission stützt ihre Entscheidungen immer wieder auf die vorhandene oder fehlende Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung; gemeint ist hier die Eignung als selbständiges Prüfungskriterium und nicht etwa bloß als t a t s ä c h l i c h e s Kriterium im Rahmen eines Zwecktests wie es oben ²⁾ dargestellt wurde.

I. Deutlich wird das Prüfungsvorgehen der Kommission in der E W A - Entscheidung ¹⁾: Die Werkzeugmaschinen-Hersteller in den einzelnen EWG-Mitgliedsstaaten haben sich zu nationalen Verbänden zusammengeschlossen, die wiederum in dem "Europäischen Komitee für die Zusammenarbeit der Werkzeugmaschinen-Industrien" (EKZW) vereinigt sind. Diese Vereinigung veranstaltet u.a. Ausstellungen, die für die Werkzeugmaschinen-Hersteller eine wichtige Möglichkeit bieten, ihre Produkte vorzustellen und anzubieten.

Die hier interessierende Klausel sieht vor, daß über die Zulassung zur Teilnahme an diesen Ausstellungen ein Ausschuß entscheidet, "ohne daß hiergegen Einspruch erhoben werden kann und ohne, daß der Ausschuß in irgendeinem Fall verpflichtet wäre, die Gründe seiner Entscheidung bekanntzugeben" ²⁾.

Bei der Beurteilung dieser Klausel stellte die Kommission fest ³⁾: "Diese Bestimmung wurde bisher jedoch niemals angewendet, um Unternehmen willkürlich von der Teilnahme an den EWA auszuschließen..."

Einige Zeilen weiter kommt sie dann aber zu dem Ergebnis, diese Bestimmung "k ö n n t e eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes b e w i r k e n".

Gleichfalls auf Grund eines Eignungstests wurde in dem O m e g a -Fall ⁴⁾ eine Absprache dem Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 subsumiert ⁵⁾. In einigen weiteren Fällen ⁶⁾ konnte auch die Eignungsprüfung an der Erteilung eines Negativtests nichts ändern. So heißt es z.B. in der R i e c k e r m a n n - Entscheidung ⁷⁾: Es kann weder festgestellt werden,

daß der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes ... tatsächlich spürbar beeinträchtigt wurde, noch kann nach den Erfahrungen des Wirtschaftslebens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß spürbare Beeinträchtigungen des Wettbewerbs die Folge der Anwendung des Alleinvertriebsvertrages sein werden".

II. Da die Eignung als Prüfungskriterium nicht ausdrücklich im Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 vorgesehen ist, muß sie einem der beiden Merkmale "Beeinträchtigen" oder "Bewirken" zugeordnet werden. Die Kommission geht offensichtlich davon aus, daß sich der Eignungstest aus dem Merkmal "Bewirken" ergibt. Dieses Merkmal ist dann als "Bewirken-Können" zu lesen ¹⁾.

Diese Auslegung entspricht auch der französischen Gesetzgebung. Art. 2 der Ordonnance Nr. 67 - 835 vom 28. September 67 ²⁾, durch den Art. 59 bis der Ordonnance Nr. 45 - 1483 vom 30.6.1945 an die Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrages angepaßt werden sollte ³⁾, lautet:

"Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pour effet d'avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence . ."

Die Worte "pouvant avoir effet" waren zwar auch

schon in der alten Fassung des Art. 59 bis enthalten, sie wurden aber nicht gestrichen, da man offenbar glaubte, sie gäben den Inhalt des Merkmals "Bewirken" in Art. 85 Abs. 1 korrekt wieder.

B.

Voraussetzungen und Folgen dieser Auffassung.

I. Übernahme der Folge- und Gegenstands-Theorie.

Da sowohl der "Zweck" als auch die "Eignung" in der Form des "Bew. en-Könnens" als Kriterien zur Beurteilung der Zukunftsrelevanz einer Vereinbarung herangezogen werden, ist es nötig, die Anwendungsbereiche dieser Merkmale voneinander abzugrenzen. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der bisher unbestrittenen These, daß Zweck und Wirkung jedenfalls nicht dasselbe bedeuten ¹⁾.

1. Nach der Überwiegenden ²⁾ Meinung wird der Anwendungsbereich des Zwecks durch die formale Gegenstandstheorie bestimmt. Danach ist eine Absprache dann verboten, wenn sich aus ihrem Gegenstand ein wettbewerbsbeschränkender Zweck ergibt. Wie die Gegenstandstheorie in ihrer "engen" ³⁾ Form verstanden werden kann, zeigt eine neuere französische Entscheidung ⁴⁾.

Ein groupement d'intérêt hatte folgende Resolution gefaßt: mit der Einfuhr australischer Baumwolle wurden 5 namentlich genannte Spediteure betraut, die den Transport des Vertragsgegenstandes nur mit Waggons der französischen Eisenbahn (S.N.C.F.) oder mit eigenen Transportmitteln durchführen durften. Gegen diese Resolution klagte ein nicht betrauter Spediteur.

Das Gericht konnte keinen wettbewerbsbeschränkenden Zweck feststellen, da keine "obligation formelle" bestünde, nur die namentlich genannten Spediteure mit der Einfuhr zu beauftragen und andere von dem Transportgeschäft auszuschließen:

"Attendu qu'en l'espèce, la résolution ... se borne à déclarer qu'à l'avenir les membres du G.L.A.M. (das ist die Abkürzung für den syndicat), remettraient leur document d'importation à 5 transitaires nommément désignés sans formuler d'exclusion à l'égard de la société ... ou des autres transporteurs qui n'étaient pas ... reste, non définitif puisque, dans le ... ont été ...

Ob in das EWG-Kartellrecht die enge oder eine "weite" Gegenstandstheorie übernommen werden sollte, ist unerörtert geblieben, da es sich zeigen wird, daß die Übernahme der Gegenstandstheorie als solcher verfehlt. Darüberhinaus ergibt sich eine Option für "eng" oder "weit" nicht aus dem Begriff Gegenstand, sondern aus Wertungen, auf die in anderem Zusammenhang einzugehen ist.

Mit dem Begriff der Gegenstandstheorie wird nach deutschem Recht auch häufig ein materielle r Aspekt verbunden. So sollen nach § 1 GWB nur diejenigen Vereinbarungen verboten sein, die die Handlungsfreiheit der an ihr Beteiligten einschränken, (inter partes - Beschränkung) ¹⁾. Ist diese materielle Gegenstandstheorie bereits im deutschen Recht umstritten ²⁾, so ist es für das EWG-Kar-

tellrecht heute allgemeine Meinung, daß auch bezweckte Beschränkungen Dritter verboten sind.

2. Der Anwendungsbereich des Merkmales "Bewirken-Können einer Wettbewerbsbeschränkung" in der Form der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung wird dann durch die sogenannte *F o l g e t h e o r i e* bestimmt ¹⁾. Verboten sind danach Absprachen, die lediglich geeignet sind, eine Wettbewerbsbeschränkung hervorzurufen, ohne daß diese Eignung bezweckt oder Gegenstand der Vereinbarung zu sein braucht ²⁾.

II. Eine weitere Folgerung aus der Tatsache, daß die Eignung als selbständiges Prüfungskriterium aufgefaßt und dem Merkmal "Bewirken" zugeordnet wird, ist, daß eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 *b e z w e c k t* sein kann, selbst wenn der zu beurteilenden Absprache die konkrete *E i g n u n g* den Wettbewerb zu beschränken, *f e h l t* ³⁾.

Wäre zusätzlich zu dem Zweck auch noch die konkrete Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung erforderlich, so stellte der selbständige Eignungstest im Rahmen des Bewirkens praktisch eine abgeschwächte Zweckprüfung dar. Außerdem kann die konkrete Eignung nicht aus dem (engverstandenen) Gegenstand der Absprache ermittelt werden, sondern erfordert die Einbeziehung der wirtschaftlichen Begleitumstände.

Nach der dargestellten Ansicht bleibt allerdings - zumindest dogmatisch - offen, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nur dann angenommen werden kann, wenn die Absprache *a b s t r a k t* geeignet ist, eine Beschränkung hervorzurufen.

C.

Bedenken gegen diese Auffassung.

Bedenken gegen diese Auffassung, der Zweck und die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung seien selbständige, voneinander unabhängige Kriterien zur Beurteilung der Zukunftsrelevanz einer Absprache und der damit verbundenen Übernahme der Gegenstands- und Folgetheorie, ergeben sich vor allen Dingen daraus, daß beinahe alle auftauchenden Zweifelsfragen der Rechtsanwendung offenbleiben und eine dogmatisch befriedigende Zuordnung von Zweck und Wirkung und von subjektiven und objektiven Merkmalen einer Absprache nicht möglich ist. Diese Tatsache spiegelt sich sowohl in den Entscheidungen des EuGH als auch denen der Kommission wider, denen kaum anzusehen wäre, daß sie auf einem, ins Recht gefaßten Tatbestand beruhen, wenn dies nicht immer ausdrücklich betont würde.

I. Zunächst wäre zu klären, welche Umstände den Schluß auf einen Zweck, welche auf eine verbotene Eignung zulassen. Sind diese Umstände unterschiedlich, so wäre zu untersuchen, ob es Regeln dafür gibt, wann auf den Zweck, wann auf die Eignung abzustellen ist. Aus der Gegenstandsbeschränkung läßt sich für die Beantwortung dieser Fragen nichts; sie besagt bestenfalls ¹⁾ wo die beweisrechtlichen Umstände verankert sein müssen. nicht aber, welchen Beweiswert sie haben. Im Grunde dürfte die hier verlangte Abgrenzung - zumindest theoretisch - auch kaum möglich sein.

1. Die Kommission hat eine Abgrenzung nach Fallgruppen vorgenommen. Nicht durchgeführte Erstverträge ²⁾ werden auf ihren Zweck hin untersucht; die Zukunftsrelevanz bereits durchgeführter Vereinbarun-

gen wird hingegen nach dem Kriterium der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung geprüft ¹⁾.

Auch bei Vereinbarungen, die geändert wurden (nicht durchgeführte Zeitvereinbarungen) neigt die Kommission zu einer Eignungsprüfung.

Als Beispiel mag hier eine Klausel im Omega-Fall ²⁾ dienen: die Firma Omega Luciois Brandt et Frères S.A. vertreibt ihre Uhren über Generalvertreter. Für jedes Land der EWG ist ein Generalvertreter bestellt, dem für "sein" Land gewisse Aufgaben obliegen. Während den Generalvertretern anfänglich vertraglich untersagt war, in andere Länder außerhalb ihres Vertragsgebietes Omega-Uhren zu liefern, wurde diese Beschränkung später ausdrücklich aufgehoben.

Die Kommission befand ³⁾, daß auch die neue Vereinbarung dem Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 unterfiele:

"Da in diesen Vereinbarungen jeweils nur einem einzigen Unternehmen der Mitgliedsstaaten das Recht vorbehalten wird, Omega-Uhren vom Hersteller zu beziehen, k ö n n t e n sie zu einer Aufteilung der Märkte zwischen den Generalvertretern innerhalb des Gemeinsamen Marktes führen ."

2. Diese Abgrenzung nach Fallgruppen findet im EWG-Vertrag keine Stütze.

a. Zu bemerken ist zunächst, daß die Prüfungsanforderungen an den Eignungstest geringer sind als die an den Zwecktest. In dem EWA-Fall ⁴⁾ wurde die wettbewerbsbeschränkende Eignung einer Klausel, die das Entscheidungsverfahren über Anträge auf Zulas-

sung zu den Ausstellungen regelte und von einer Begründungspflicht ausdrücklich dispensierte, bejaht, nachdem die Kommission festgestellt hatte, daß der Erlaß von willkürlichen Entscheidungen "bei der derzeitigen Sachlage praktisch nicht zu befürchten ist und eine Einschränkung des Wettbewerbs nicht festgestellt werden kann".

Zur Bejahung eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks sah die Kommission sich also offenbar nicht in der Lage, während sie die Annahme einer "Eignung" noch für gerechtfertigt hielt. Ähnlich war die Situation in dem eben geschilderten Omega-Fall ²⁾. Welche Anforderungen gestellt werden, um einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck zu bejahen, läßt sich im einzelnen nicht sagen. Hinweise liefern die oben geschilderten Fälle ACEC, Berliet³⁾ und Clima Chappée - Buderus ⁴⁾.

Im ersten Fall wurde ein wettbewerbsbeschränkender Zweck bejaht, weil die Vereinbarung bei vertragsgemäßen Verhalten zu einer relevanten Freiheitsbeschränkung führen mußte.

Im zweiten Fall, in dem eine Produktionsbeschränkung vereinbart war, konnte dies nur dann festgestellt werden, daß die Unternehmen in der Lage waren (und sind), die von der Vereinbarung betroffenen Produkte selbst herzustellen.

b. Überzeugende Gründe für diese unterschiedlichen Prüfungsanforderungen lassen sich kaum finden. Warum soll die Zukunftsrelevanz einer Vereinbarung, deren Durchführung (nach Ansicht der Rechtsanwendungsbehörde) ihre Rechtmäßigkeit dargetan

hat, nach einem härteren Text beurteilt werden als eine nicht durchgeführte Vereinbarung?

Diese Frage hat sich deshalb bisher noch nicht in aller Schärfe gestellt, da noch keine Vereinbarung auf Grund eines Eignungstests dem Art. 85 Abs. 1 subsumiert wurde, ohne anschließend nach Abs. 3 freigestellt zu werden. Eben hier sind aber einige weitere kritische Bemerkungen angebracht. Es liegt der Verdacht nahe, daß die Kommission einer vertieften Zweckforschung im Rahmen des Abs. 1 aus dem Wege geht, um die Anforderungen an die Freistellungs Voraussetzungen des Abs. 3 nicht unnötig zu verschärfen. Andererseits legt sie aber Wert darauf, exemplarische ¹⁾Entscheidungen zu treffen und jede bedenkliche Klausel irgendwie tatbestandsmäßig zu erfassen. Dabei werden dann Kriterien eingeführt, die zwar denkbare Beurteilungsmaßstäbe sind, die aber im Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 keine Stütze finden.

18. Neben dem Abgrenzungsproblem von Zweck und Eignung bleibt auch ungeklärt, welche Umstände "an sich" herangezogen werden dürfen, um den geforderten Beweis für eine zu erwartende Wettbewerbsbeschränkung zu erörtern. Hier soll das Problem nur an dem Merkmal der "Eignung" erörtert werden.

Die Folgetheorie vermag hier keine Auskunft zu geben. Sie erweitert den Verbotsbereich zwar, liefert aber keine positive Abgrenzung. Da nicht alle Umstände beweisbar sein können, hat die Kommission in einigen Entscheidungen das Kriterium der "hinreichenden Wahrscheinlichkeit" eingeführt ²⁾. Möglicherweise ergibt sich aus dieser qualifizierten Wahrscheinlich-

keit eine Grundlage, um nähere Abgrenzungskriterien zu entwickeln; es bleibt aber völlig offen, woher die Kommission diesen Maßstab gewonnen hat. Es liegt die Vermutung nahe, daß "allgemeine Vernunftsgründe" und nicht der Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 Grundlage der Rechtsfindung bildeten.

III. Wenn der Zweck und die Eignung selbständige Kriterien zur Beurteilung der Zukunftsrelevanz einer Vereinbarung sind, zwingt dies zu der Folgerung, daß einerseits eine zur Wettbewerbsbeschränkung geeignete Absprache diese nicht auch zu bezwecken braucht, und daß umgekehrt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung auch dann verboten ist, wenn die Absprache objektiv ungeeignet ist, eine solche Beschränkung hervorzurufen ¹⁾. Gerade diese letzte Folgerung wird aber von der überwiegenden ²⁾ Meinung nicht in aller Schärfe gezogen. Regelmäßig wird zumindest die abstrakte Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung verlangt oder eine sogenannte untaugliche Maßnahme als tatbestands-irrelevant bezeichnet. Zur Begründung dient in fast allen Fällen lediglich ein Hinweis auf die Ausführungen von **E v e r - l i n g** ³⁾, der folgende Meinung vertritt:

"Andererseits wird man aber die Eignung als Korrektiv für das subjektive Kriterium heranziehen müssen, denn die bloße Absicht allein kann bei einer absolut untauglichen Maßnahme nicht als ausreichender Anknüpfungspunkt für das Verbot angesehen werden".

Diese Ansicht mag im Ergebnis zutreffend sein, sie entbehrt aber jeglicher im Art. 85 Abs. 1 verankerten Begründung. Eine solche wird sich auch kaum fin-

den lassen, wenn man sowohl den Zweck als auch die Eignung als selbständiges Prüfungskriterium für die Zukunftsrelevanz einer Absprache gelten läßt.

IV. Die aufgezeigten Unsicherheiten bei der Beurteilung der Zukunftsrelevanz beruhen letztlich auf der Unklarheit über die Zuordnung der Merkmale "Bezwecken" oder "Bewirken" einer Wettbewerbsbeschränkung. In den beiden nächsten Kapiteln wird versucht, diesen Merkmalen einen klaren Anwendungsbereich zuzuweisen und sie sinnvoll einander zuzuord-

3. Kapitel

Der "Zweck" als Kriterium der Zukunftsrelevanz. Um das Merkmal "Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung" näher zu bestimmen, wird zunächst wiederum von der Fallgestaltung ausgegangen, daß es gilt, eine Absprache auf ihre Zukunftsrelevanz hin zu beurteilen. Es sind verschiedene Versuche gemacht worden, das Zweckmerkmal durch bekannte, juristische Konstruktionen

A.

Der Zweck als Versuch.

Es geht nicht, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sei einem Versuch, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken gleichzusetzen oder ähnlich, ist bisher noch nicht mit Entschiedenheit verfochten worden, sie bestimmt aber deutlich die gedanklichen Vorstellungen einiger Autoren. So wird entweder von einem Versuch gesprochen, um das Verhältnis des Zwecks zur Wirkung - und hier insbesondere die Prüfungsreihenfolge - zu erläutern ¹⁾. Auch um das Erfordernis

der objektiven Eignung zu einer Wettbewerbsbeschränkung zu begründen, wird die Versuchs-Konstruktion bemüht, indem darauf hingewiesen wird, daß ein "untauglicher Versuch" kein Verbot nach Art. 85 Abs. 1 begründen könne ¹⁾.

I. Voraussetzungen und Folgen dieser Auffassung.

1. Der A u f b a u d e s T a t b e s t a n d e s läßt sich am besten erläutern in Anlehnung an die im deutschen ²⁾ Strafrecht enthaltene Versuchsvorschrift; § 43 des StGB lautet:

"Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen nicht zur Vollenendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen".

Dem Entschluß in § 43 StGB entspräche in Art. 85 Abs. 1 der Zweck, während die Ausführungshandlung - bei nicht durchgeführten Verträgen - in dem Vertragsschluß zu sehen wäre. Die Eignung zur Handelsbeeinträchtigung wäre eine Qualifizierung der Ausführungshandlung.

2. Die F o l g e r u n g e n , die sich aus dieser Konstruktion für die Klärung von Zweifelsfragen im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 ergeben, sind gering. Das gilt zunächst einmal für die Frage, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nur dann verboten ist, wenn sie mit tauglichen Mitteln angestrebt wird.

Nach ganz allgemeiner Meinung ³⁾ im deutschen

Recht ist auch der sogenannte untaugliche Versuch strafbar, d.h. ein Versuch, der entweder mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekt begangen wird. Diese Folgerung auch für das EWG-Recht zu ziehen, erweckt zumindest insoweit Bedenken, als durch das Erfordernis der "Eignung zu Handelsbeeinträchtigung" im Ergebnis jedenfalls eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nur dann verboten ist, wenn sie mit tauglichen Mitteln angestrebt wird ¹⁾. Denn es ist - jedenfalls praktisch - unvorstellbar, daß eine Wettbewerbsbeschränkung mit untauglichen Mitteln angestrebt wird, die objektiv geeignet sein soll, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Wird also zunächst auf Grund der Versuchskonstruktion eine , mit untauglichen Mitteln bezweckte Wettbewerbsbeschränkung von Art. 85 Abs. 1 erfaßt, dann aber infolge fehlender Eignung zur Handelsbeeinträchtigung wiederum "freigestellt", so ist die Versuchskonstruktion vom praktischen Ergebnis her gesehen, überflüssig.

Für die Frage, w e l c h e U m s t ä n d e zur Zweckfeststellung herangezogen werden können, liefert die Versuchskonstruktion keine Hinweise. Eine echte Aussage ist lediglich zu entnehmen für die Frage der Prüfungsreihenfolge der Merkmale "Bezwecken" oder "Bewirken" bei durchgeführten Verträgen. Hier wäre wie von G a m m fordert ²⁾, zunächst zu prüfen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wurde. II. Bedenken gegen die Versuchskonstruktion ergeben sich aber nicht nur aus den geringen praktischen Folgerungen, sondern vor allen Dingen aus dogmati-

schen und systematischen Überlegungen.

1. Der **V e r b o t s g r u n d** des Versuchs liegt in der "Betätigung des verbrecherischen Willens" ¹⁾; das Verbot knüpft also an den Unwert der Handlung, nicht aber an den Erfolgsunwert an. Es ist vor allen Dingen von **B a l l e r s t e d t** versucht worden, die Kategorien des Handlungs- und Erfolgsunwertes auch für das Kartellrecht fruchtbar zu machen ²⁾. Danach würde die Qualifizierung des Zwecks als Versuch nur dann zu rechtfertigen sein, wenn das Verbot einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung an den bloßen Handlungswert anknüpft. Allgemein könnte die hier zu beantwortende Frage etwa lauten: Ist die Wettbewerbsbeschränkung so verwerflich, daß der bloße Versuch, sie herbeizuführen, mit einem Unwerturteil belegt wird, das sein Verbot rechtfertigt.

a. Ob ganz **a l l g e m e i n** wettbewerbswidriges Verhalten nach ethischen Maßstäben zu beurteilen ist, ist bisher nicht geklärt. Das liegt vor allen Dingen daran, daß das sogenannte Wirtschaftsleben als isolierter Lebensbereich betrachtet wird, der anderen Gesetzen als die sonstigen Lebensbereiche unterliegt, und daß das "Volk", das die ethischen Anschauungen trägt und bildet, zu wirtschaftlichen Sachverhalten nur schwer Zugang findet. So konnte in der Regierungsbegründung zum GWB ³⁾ stehen: "Weder in der deutschen Öffentlichkeit, noch in den beteiligten Wirtschaftskreisen ist bisher ein lebendiges Gefühl dafür verbreitet, daß wettbewerbsbeschränkende Verträge und Geschäftspraktiken unerlaubt und ethisch verwerflich seien". Richtig dürfte wohl die Ansicht Ballerstedts sein ⁴⁾, nach der es jedenfalls nicht a priori ausgeschlossen ist, an das

Wirtschaftsrecht Wertkategorien heranzutragen, die üblicherweise in strafrechtlichen Normen konkretisiert sind. Das Wirtschaftsleben wird in dem Maße "ethisiert" werden müssen, in dem es sich in den allgemeinen Lebensbereich integriert oder auf weiten Gebieten diesen selbständig formt und konstituiert ¹⁾. Diese allgemeinen Überlegungen dispensieren aber nicht davon, anhand der konkreten Norm aufzusuchen, welche Wertmaßstäbe in ihr ihren Niederschlag gefunden haben.

b. Das Unwerturteil in Art. 85 Abs. 1 EWGV.

Es sind hier zwei Fragen zu unterscheiden: Ist eine nach Art. 85 verbotene Absprache mit einem Unwerturteil belegt und wenn ja, worauf beruht dieses Unwerturteil. Die erste Frage läßt sich ohne weiteres dahin beantworten, daß das Verbot mit einem Unwerturteil behaftet ist. Das ergibt sich wie dies F i k e n t s c h e r mit Recht betont hat ²⁾, aus den an das Verbot geknüpften einschneidenden Rechtsfolgen. Rückwirkende Nichtigkeit und Bußgeldverhängungen lassen sich kaum mit reinen wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten - z.B. Wiederherstellung der wirtschaftlich gewünschten Situation - erklären. Ihre Rechtfertigung finden sie vielmehr a u c h in dem Unwert der sie auslösenden Handlungen. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wo der Grund für diese Unwerturteil zu suchen ist. Hier ist zu klären, welche Beziehung zwischen der verbotenen Handlung (der Absprache) und dem zu verhindernden Erfolg (Wettbewerbsbeschränkung) besteht.

aa. Während B a l l e r s t e d t das Zweckverbot des Art. 85 Abs. 1 wohl ohne weiteres als Ausdruck reinen H a n d l u n g s u n r e c h t s ansehen würde ¹⁾, sieht die ganz überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung den eigentlichen Verbotsgrund für Absprachen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, in der G e - f ä h r d u n g ²⁾ des Wettbewerbs. Aufschluß über die Beziehung von Handlung und Erfolg gibt die Entscheidungspraxis zu dem Begriff "Schwere des Verstoßes" in Art. 15 Abs. 2 VO 17, denn die "Schwere" bedeutet eine Qualifizierung des Grundverstoßes in Art. 85 Abs. 1; es liegt also ein Grad- und nicht ein Qualitätsunterschied vor. In dem Fall A C F C h e m i e p h a r m a ³⁾ führt der EuGH aus:

"Bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung für die Bemessung der Geldbuse sind insbesondere die Art der Wettbewerbsbeschränkungen, die Anzahl und die Bedeutung der beteiligten Unternehmen, der von ihnen in der Gemeinschaft jeweils kontrollierte Marktanteil, sowie die Marktlage zur Zeit der Begehung der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen".

Hier wird die Schwere des Verstoßes fast ausschließlich nach der erzielten Beschränkung beurteilt. Einen gewissen Spielraum, um das Handlungsunrecht hervorzuneben, läßt die Passage, in der auf die "Art der Wettbewerbsbeschränkungen" abgestellt wird. Da aber die Interpretation von Ein-

zelformulierungen des EuGH bisher noch nie zu Erkenntnissen geführt hat, soll auch hier auf weitere Spekulationen verzichtet werden, zumal die Entscheidungen der Kommission ganz eindeutig die tatsächlich erzielte Wettbewerbsbeschränkung als Maßstab der Schwere des Verstoßes ansehen. So heißt es in der *F a r b s t o f f* - Entscheidung ¹⁾:

"Die Zuwiderhandlungen, ... sind schwerwiegender Natur, weil die Unternehmen durch ihre aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bei den Preiserhöhungen den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes ganz erheblich eingeschränkt haben".

Ähnliche Formulierungen finden sich in der *C h i - n i n* Entscheidung ²⁾. Schließlich kann auch noch auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte gemäß Art. 19 Abs. 1 an die Firma *A g f a - G e v a e r t* ³⁾ verwiesen werden, in der die Kommission ohne ausdrücklich auf Art. 15 Abs. 2 VO 17 hinzuweisen, im Rahmen der Beurteilung der Vereinbarung nach Art. 85 Abs. 1 die Schwere des Verstoßes anhand objektiver, erfolgsbezogener Umstände betont.

Als *E r g e b n i s* läßt sich hier festhalten, daß das Unwerturteil seinen Grund Überwiegend in der Schwere der zu erwartenden Wettbewerbsbeschränkung findet ⁴⁾.

b,b. Handlungsunrecht wird nicht dadurch charakterisiert, daß es auf den Erfolg schlechterdings gar nicht ankäme, sondern es erfährt seine Mißbilligung dadurch, daß der Erfolg derart verwerflich

ist, daß eine auf ihn zielende Handlung bereits von einem verbotsbegründenden Unwerturteil erfaßt wird. Auch an dieser Voraussetzung fehlt es im EWG-Kartellrecht: Der Wettbewerb ist kein unantastbares Rechtsgut. Zwar wird das Prinzip Wettbewerb als solches im EWG-Vertrag bejaht, wie sich deutlich aus Art. 3 f und den Art. 85 ff. ergibt ¹⁾. Dieses Prinzip ist aber - sieht man vielleicht von einem Kernbereich ab - nicht unantastbar. Bereits die systematische Stellung der Art. 85 ff. im dritten Teil des Vertrages über die Politik der Gemeinschaft zeigt, daß der Wettbewerb im Rahmen der Wirtschaftspolitik unter Umständen anderen Zielen weichen muß ²⁾. Durch die große Zahl der Freistellungen nach Art. 85 Abs. 3 hat die Kommission ihre Ansicht kundgetan, daß eine ganze Reihe wirtschaftspolitischer Ziele durch Kartellabsprachen "besser" erreicht werden können als durch Wettbewerb.

Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs vermag demnach kein Unwerturteil zu begründen, das geeignet wäre, erfolgsirrelevante Handlungen zu verbieten, allein weil sie auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sind. Die Konstruktion als Versuch scheitert deshalb, weil sie einen erfolgsunabhängigen Verbotsgrund verlangt.

2. Der Aufbau des Tatbestandes - so wie ihn die Versuchskonstruktion bedingen würde - ist zumindest ungewöhnlich und "versuchsfremd".

a. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen würden selbst in den Fällen als Versuch qualifiziert, in denen sie

ihrer Natur nach unter gar keinen Umständen eine Wettbewerbsbeschränkung hervorrufen können. Zu denken ist hier vor allen Dingen an die Fälle, in denen eine Vereinbarung angemeldet wird und ihre Durchführung erst nach Erteilung eines Negativ-Attests oder einer Freistellungserklärung erfolgen soll. Diese Fälle unterscheiden sich von dem sogenannten Versuch dadurch, daß hier kein unbedingter Entschluß vorliegt, den verbotenen Erfolg herbeizuführen, und daß die Herbeiführung dieses Erfolges dann lediglich an objektiven Umständen (untaugliches Mittel oder untaugliches Objekt) scheitert, sondern daß hier die Durchführung des Entschlusses bewußt unterlassen wird. Man könnte deshalb den in dem Vertragsschluß manifestierten Wettbewerbsbeschränkungszweck bestenfalls als Vorbereitungshandlung bezeichnen.

b. Ungewöhnlich wäre auch, daß der Versuchstatbestand lediglich mit dem Merkmal "Bezwecken" angegeben wird. Diese Konstruktion findet in den nationalen Gesetzgebungen kein Gegenstück, obwohl der subjektive Tatbestand im Bereiche des Versuchs von ausschlaggebender Bedeutung ist. Überdies wird es schwer zu begründen sein, weshalb trotz der totalen Subjektivierung des Versuchstatbestandes gerade der untaugliche Versuch von dem Verbot des Art. 85 Abs. 1 ausgenommen sein soll.

3. Als E r g e b n i s bleibt deshalb festzustellen, daß das Merkmal "Bezwecken einer Wettbewerbs-

beschränkung" nicht als Versuchstatbestand konstruiert werden kann. Dies folgt einmal daraus, daß die praktischen Ergebnisse dieser Auffassung unbefriedigend sind, und daß Verbotsgrund und Tatbestandsaufbau so unterschiedlich zu den traditionellen Versuchskonstruktionen sind, daß die Bezeichnung als "Versuch" nicht mehr gerechtfertigt erscheint.

B.

Der Zweck als Gefährdungstatbestand.

Es wurde bereits darauf hingewiesen ¹⁾ (Vgl. oben S. 97ff, daß entscheidender Verbotsgrund einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung die zu erwartende tatsächliche Beschränkung des Wettbewerbs ist. Es liegt deshalb nahe, einmal zu untersuchen, ob durch den "Zweck" dem Art. 85 I EWGV der Charakter eines Gefährdungstatbestands gegeben wird.

1. Voraussetzungen zum Vorliegen dieser Auffassung.

1. Der **V e r b o t s g r u n d** des Gefährdungsdelikts ist die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung. Als "Gefahr" wird dabei ein Zustand bezeichnet, bei dem der Eintritt eines Schadens nahe liegt¹⁾. In welchem Verhältnis dabei der Begriff der "Eignung" zu dem der "Gefahr" steht, wird kaum erörtert. Bisweilen wird die Eignung als Ausdruck eines bestimmten Gefährdungsgrades angesehen. So schreibt z.B. C r a m e r ²⁾: "Wenn dem Begriff der Geeignetheit, einen Erfolg herbeizuführen ein Eigenwert zukommen soll, so nur dann, wenn man durch ihn die Wahrscheinlichkeit einer Gefahr umschrieben sieht".

Diese begriffliche Zuordnung mag für das Strafrecht sinnvoll sein, für die folgenden Untersuchungen zum

EWG-Kartellrecht gilt hingegen folgendes: Als "Gefahr" gilt ein Zustand, der zumindest die gedankliche Möglichkeit der aktuellen Wettbewerbsbeeinträchtigung in sich birgt; als geeignet gelten hingegen auch Vereinbarungen, von denen feststeht, daß sie typischerweise eine Beeinträchtigung gar nicht hervorbringen können. Somit können die Vereinbarungen, die erst nach einer Entscheidung der Kommission durchgeführt werden sollen, zwar geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken, sie begründen aber niemals eine "Gefahr" für den Wettbewerb. Der hier präzisierte Begriff der Gefahr, deckt sich mit dem im Strafrecht verwandten, das nie in den Fällen von einer Gefährdung spricht, in denen typischerweise eine aktuelle Beeinträchtigung des Rechtsgutes nicht eintreten kann. Aus diesem Grund ist es zumindest ungenau, das Tatbestandselement "Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung" als Gefährdungsdelikt zu charakterisieren, da es eben eine Reihe von Fällen erfaßt, in denen typischerweise eine aktuelle Gefahr für das zu schützende Rechtsgut nicht besteht. Diese Tatsache soll hier aber zunächst vernachlässigt werden um einige weitere Besonderheiten des Gefährdungsdeliktsherauszustellen.

2. Die Gefährdungsdelikte werden eingeteilt, unter dem Gesichtspunkt, ob das zu schützende Rechtsgut konkret oder abstrakt gefährdet ist.

a. Eine konkrete Gefahr liegt vor, "wenn nach den obwaltenden Umständen die begründete Besorgnis eines Schadenseintrittes besteht. Ein hoher oder bestimmter Grad der Wahrscheinlichkeit braucht nicht gegeben zu sein; es genügt eine Gefahr, die nach ver-

nünftler Lebenserfahrung nahelegt" ¹⁾. Die Gefahr ist in diesen Fällen Tatbestandsmerkmal ²⁾ und muß im Einzelfall nachgewiesen werden ³⁾. Häufig richtet sich die Gefahr gegen ein bestimmtes typischerweise individuelles Rechtsgut ⁴⁾. b. Als a b s t r a k t gefährlich wird eine Handlung angesehen, "die zwar allgemein die Möglichkeit einer Gefahr eröffnet, im gegebenen Einzelfall, aber nicht zu einer solchen zu führen braucht, weil die Umstände das ausschließen können". ⁵⁾. Die Gefahr ist in diesen Fällen nur Motiv nicht aber Merkmal des Tatbestandes ⁶⁾. Der Beweis einer konkreten Gefahr ist deshalb regelmäßig überflüssig. Der Grund für dies Beweiserleichterung liegt darin, daß die verbotene Handlung entweder typischerweise eine Gefahr mit sich bringt ⁷⁾ oder weil die schwierige Beweislage regelmäßig den Nachweis einer konkreten Gefahr unmöglich macht oder sehr erschwert ⁸⁾. Umstritten ist, ob der G e g e n b e w e i s zulässig ist, daß in dem konkreten Fall eine Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts unter gar keinen Umständen möglich war. Während die herrschende Lehre zu diesem Problem schweigt und stillschweigend von der Nichtzulässigkeit eines solchen Gegenbeweises ausgeht ⁹⁾, finden sich besonders im neueren Schrifttum Stimmen, die aus Gerechtigkeitsgründen die Zulässigkeit eines solchen Gegenbeweises fordern. So meint z.B. J e s c h e c k ¹⁰⁾, der an sich einen Gegenbeweis ablehnt: "Das Fehlen der Wahrscheinlichkeit kann jedoch bei der Auslegung

herangezogen werden, um darzutun, daß die Strafbarkeit entfallen muß, wenn der Eintritt der Gefahr ausgeschlossen war". Schroder ¹⁾ fordert die Zulässigkeit eines Gegenbeweises vor allen Dingen in den Fällen, in denen die "vom Gesetz gedachte Gefährdung" einigermaßen genau bestimmt werden kann. Geschützt wird durch die abstrakten Gefährdungsdelikte regelmäßig ein "besonders geartetes Rechtsgut der Allgemeinheit" ²⁾.

3. Auf Grund dieser Einteilungskriterien läßt sich das Merkmal "Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung" - wenn überhaupt - eher als abstrakter Gefährdungstatbestand begreifen: Die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung ist im Gesetz nicht ausdrücklich angegeben ³⁾, sondern liegt dem Verbot als Motiv zu Grunde ⁴⁾. Demgemäß ist im Einzelfall auch nicht primär die Eignung, sondern der Zweck nachzuweisen. Das geschützte Rechtsgut ist der Wettbewerb, ein Rechtsgut der Allgemeinheit ⁵⁾.

Die Folgen einer Konstruktion als abstraktes Gefährdungsdelikt wären: die zu beurteilende Vereinbarung muß abstrakt geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken. Diese abstrakte Eignung braucht nicht gesondert festgestellt zu werden, sondern wird vermutet, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Zweck vorliegt.

II. Bedenken gegen diese Auffassung.

1. In ihren praktischen Ergebnissen ist die Konstruktion als abstraktes Gefährdungsdelikt unbefriedigend. So ist ihr nicht zu entnehmen, wie der

Zweck der Gefährdung sein kann, und ob der Gegenbeweis zulässig ist. Überdies ist der Zweck als Gefährdungsindiz unbrauchbar, da er kein klar umrissenes Kriterium ist, das gegenüber der Feststellung einer konkreten Gefährdung eine wesentliche Beweiskraft besitzt. Der Zweck der Gefährdung ist ein Verletzungsdelikt gegenüber dem korrespondierenden Verletzungsdelikt (=Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung) regelmäßig einen selbständigen Unrechtsgehalt hat ¹⁾, würde auch bei der Beurteilung von durchgeführten Verträgen eine echte Prüfungsalternativität zwischen den Kriterien "Bezwecken" und "Bewirken" bestehen, da sie verschiedene Wertmaßstäbe enthielten. Wie noch zu zeigen sein wird ²⁾, ist es aber sinnvoll und zweckmäßig, bei der Beurteilung von durchgeführten Verträgen von einer eingeschränkten Prüfungsalternativität auszugehen.

2. Gewichtiger noch als diese praktischen Bedenken sind einige dogmatische Überlegungen, die es nicht angezeigt sein lassen, mit der traditionellen Gefährdungs-Tatbestands-Konstruktion die Probleme des Art. 85 Abs. 1 einer Lösung zuzuführen.

a. Zwar ist es möglich, einen Tatbestand als kombiniertes Gefährdungs- (Zweck) und Verletzungs-Delikt (Bewirken) zu konstruieren ³⁾, jedoch ist es üblich, daß die durch die unterschiedlichen Deliktstypen geschützten Rechtsgüter verschieden sind ⁴⁾. In Art. 85 Abs. 1 ist aber nur ein Rechtsgut geschützt: nämlich der Wettbewerb. Dabei ist es auch hier ohne Interesse, welchem weitergehenden Zweck der Wettbe-

verb zu dienen hat: dem Individualschutz, dem Schutz der Allgemeinheit oder der europäischen Integration¹⁾.

b. Weiter entspricht es nicht dem Aufbau des Gefährdungstatbestandes, daß der Zweck des Erfolgs des Verletzungsdeliktes gerichtet ist. Dies ist hingegen der typische Fall des Versuches. Den Versuch könnte man (nach der objektiven Betrachtung) als Gefährdungsdelikt bezeichnen, bei dem die Gefahr durch den durch eine Ausführungshandlung manifestierten Zweck dargetan ist. Danach wäre der untaugliche Versuch mit einem konkreten Gefährdungsdelikt, der untaugliche mit einem abstrakten Gefährdungsdelikt zu vergleichen²⁾. Daß die Versuchskonstruktion hingegen wenig befriedigend war, wurde bereits dargelegt³⁾.

Eher, als von einem Gefährdungsdelikt könnte man noch von einem sogenannten Zieldelikt sprechen. Dieser, von Schmidhäuser⁴⁾ entwickelte Deliktstyp weist folgende Qualifikationen auf:

" Ein Zieldelikt liegt vor, wenn der Rechtstatbestand außer der Handlung eines weiterreichende Wollen des Täters schildert, das auf die Herbeiführung des eigentlichen Unwertsachverhaltes gerichtet ist, der der gemeinten Rechtsgutsverletzung entspricht".

Vom Gefährdungsdelikt unterscheidet sich dieser Typus dadurch, daß statt der objektiven eine subjektive Tendenz verlangt wird. Diese Voraussetzung

könnte man für das Merkmal "Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung" vielleicht bejahen. Die Konstruktion scheitert aber daran, daß im Rahmen von Art. 85 Abs. 1 eine Unterscheidung zwischen einem durch eine Handlung herbeigeführten Unwert und dem durch den Zweck erstrebten "eigentlichen" Unwert nicht möglich ist, denn der Vertragsschluß als solcher kann mit einem Unwerturteil nicht belegt werden.

3. Als E r g e b n i s kann festgehalten werden, daß auch eine Konstruktion als Gefährungsdelikt dem Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 nicht angemessen ist. Es wird sich aber zeigen, daß einige derjenigen Gesichtspunkte, die für die Bewältigung der Probleme der abstrakten Gefährungsdelikte entwickelt wurden für die Klärung der in dieser Untersuchung interessierenden Fragen von Nutzen sein werden. Im folgenden soll versucht werden, das Merkmal "Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung" unabhängig von überkommenen Konstruktionen dogmatisch so in den Tatbestand einzuordnen, daß die auftauchenden Rechtsanwendungsprobleme befriedigend gelöst werden können.

C.

Der Zweck als Eignungsmerkmal.

Eine Wettbewerbsbeschränkung ist bezweckt, wenn eben das subjektive Tatbestandsmerkmal "Zweck" festgestellt ist, und wenn die zu beurteilende Absprache geeignet ist, diesen Zweck zu realisieren. Aus diesem Nebeneinander von subjektiven und objektiven Momenten, ergibt sich die Frage, wie sie einander zu-

zuordnen sind und wie sie sich gegenseitig beeinflussen. Bei der Beantwortung dieser Frage wird zunächst von der These ausgegangen, daß das primäre Erfordernis die "Eignung" ist, und daß das Zweckmerkmal im Rahmen dieser Eignung bestimmte Aufgaben zu erfüllen hat.

1. Der Zweck als Abgrenzungsmerkmal.

Hier gilt es aufzuzeigen, welche Funktionen der Zweck hat, bei der Abgrenzung der für die Bejahung der Eignung irrelevanten von den relevanten Umständen. Dazu wird zunächst untersucht, welcher Eignungs-Grad vom Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 verlangt wird.

1. Der Grad der Eignung.

Soweit das Zweckmerkmal betroffen ist, hat man sich über den Eignungsgrad sehr wenig Gedanken gemacht, zumal bisher auch nicht genügend geklärt wurde, ob überhaupt und warum das objektive Moment der Eignung erforderlich ist. Es soll deshalb zunächst einmal vergleichend untersucht werden, welche Überlegungen hinsichtlich des Eignungsgrades zu dem Merkmal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung angestellt worden sind. In der *L i t e r a t u r* reichen die - meist unbegründeten - Ansichten von einer bloßen (abstrakten) Gefährdung ¹⁾ und entfernter Wahrscheinlichkeit ²⁾ bis zu der Forderung nanter Wahrscheinlichkeit ³⁾. Aus der Rechtsprechung des E. u. G. H. läßt sich für die Frage der Eignung auch nicht sehr viel entnehmen. Die immer wieder zitierte Passage in *M a s c h i n e n b a u U l m* ⁴⁾ lautet:

" wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedsstaaten beeinflussen kann".

Aus der Fülle der angebotenen Alternativen läßt sich für den Extremfall ein äußerst vager Eignungsgrad herauskristallisieren: Es reicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit, daß eine Vereinbarung der Möglichkeit nach den Warenverkehr beeinflussen kann. Etwas eingeschränkt wird diese weite Fassung dann dadurch, daß diese Wahrscheinlichkeit anhand objektiver, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände festgestellt werden muß. Auch in späteren Entscheidungen ¹⁾ hat der EuGH sich nicht dazu bereifunden, seine Äußerungen über den erforderlichen Grad der Eignung näher zu präzisieren. Die Kommission ist in ihren Äußerungen ebenfalls nicht viel klarer, dafür aber noch wesentlich formelhafter. So heißt es in einer, immer wiederkehrenden ²⁾ Formulierung, daß eine Absprache dem Tatbestand des Art. 86 Abs. 1 unterfällt, die "den freien Handel zwischen Mitgliedsstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen geeignet ist, die sich auf die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes ungünstig auswirken kann". In der Chinin-Entscheidung ³⁾ wird gefordert, daß die Vereinbarung der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zu beeinträchtigen. Scheinen diese Formulierungen darauf hinzudeuten, daß die Kommission an die Eignung zur zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung geringe Anforderungen stellt, so zeigen

die Düngemittel-Entscheidungen ¹⁾, daß im Ernstfall der Grad der Wahrscheinlichkeit in die Nähe der Gewißheit gerückt wird. Damit bleibt hier nur festzustellen, daß sich die Kommission über den erforderlichen Grad der Eignung bisher noch nicht schlüssig geworden ist ²⁾.

Im ganzen hat der Eignungsgrad in dem Merkmal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung nur eine geringe Rolle gespielt. Der Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 liefert auch nicht ohne weiteres Gesichtspunkte, um diesen Eignungsgrad näher zu bestimmen. Es wird sich deshalb als sinnvoll erweisen, das Merkmal der Eignung in der Wettbewerbsbeschränkungsklausel näher zu bestimmen und die rechtlichen Überlegungen im Rahmen der Zwischenstaatlichkeitsklausel auf andere Fragen zu konzentrieren.

2. Der Zweck als Gradmesser der Eignung.

Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Wettbewerbsbeschränkung muß so groß sein, daß sie die Vermutung rechtfertigt, eine Wettbewerbsbeschränkung sei *b e z w e c k t*. In der Regel wird danach nur eine solche Vereinbarung verboten sein, die *k o n k r e t* geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Wird diese konkrete Eignung festgestellt, so begründet sie eine unwiderlegbare Vermutung dafür, daß die Wettbewerbsbeschränkung *b e z w e c k t* sei. Der Ausschluß des Gegenbeweises rechtfertigt sich hier aus der Überlegung, daß die an der zu beurteilenden Absprache beteiligten Wirtschaftssubjekte in Kenntnis der wirtschaftlichen

Gegebenheiten handeln. Wenn so der Grad der Eignung allgemein bestimmt ist, konzentriert sich die Frage darauf, wie diese konkrete Eignung festzustellen ist. Für das Strafrecht wird die Auffassung vertreten¹⁾, daß "alle verfügbaren Umstände für die Entscheidung der Frage zu berücksichtigen sind, ob in concreto eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut eingetreten ist oder nicht". Für das ZwG-Parteirecht wird sich zeigen, daß die Begrenzung der relevanten Umstände allein nach ihrer "Verfügbarkeit" nicht ausreicht.

3. Der Zweck als Kriterium für die Beweisrelevanz von Umständen.

Der Kreis der relevanten Umstände wird eingeschränkt durch ihre zweckindizierende Wirkung. Durch diese Tatsache ist zwar im praktischen Ergebnis noch nicht so sehr viel gewonnen, da sich jetzt die Frage stellt, wann und wie der Zweck eines Handelns aus den Umständen geschlossen werden kann. Dogmatisch wird aber das Verhältnis von Zweck und Eignung weiter geklärt und die Ablehnung der Gegenstands- und Folgetheorie weiter begründet. Die Feststellung der Eignung erfolgt nicht nur durch Umstände, die Gegenstand des Vertrages sind, sondern durch solche, die zweckindizierend sind. Das Merkmal "Bewirken" verliert seine Bedeutung insoweit, als es den Rückgriff auf Umstände erlaubte, die außerhalb des Gegenstandes des Vertrages lagen. Damit wird schon hier angedeutet²⁾, daß seine eigentliche Bedeutung in der Tatsache liegt, daß tatsäc h l i c h festgestellte Wirkungen auch dann, wenn sie nicht bezweckt sind,

zum Verbot nach Art. 85 Abs. 1 führen.

II. Der Zweck als Eignungsindiz.

Begründet die konkrete Eignung einer Vereinbarung, den Wettbewerb zu beschränken, eine unwiderlegbare Vermutung dafür, daß diese Beschränkung auch bezweckt ist, so kann umgekehrt vom Zweck auf die konkrete Eignung geschlossen werden. Diese Tatsache ist in Art. 85 Abs. 1 betont und rechtfertigt es auch, anstatt des Merkmales der Eignung von "Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung" zu sprechen. Der Zweckmaßstab - so wie er in Art. 85 Abs. 1 dogmatisch einzuordnen ist - erlaubt die Umgehung einiger schwieriger Probleme, die bei der Fällung des Eignungsurteils auftauchen, ohne die Berücksichtigung rein objektiver Umstände, die eine konkrete Eignung begründen könnten, zu unterbinden.

1. Die Probleme des Eignungsurteils hat L a c k - n e r ¹⁾ treffend dargestellt:

"Aus dem Erfordernis der Möglichkeit eines künftigen Ereignisses folgt nun zunächst, daß das Vorliegen einer Gefahr nicht durch bloße Beschreibung eines gegenwärtigen Zustandes festgestellt werden kann. Es ist vielmehr unausweichlich, den durch die Tathandlung (das wäre hier der Vertragsschluß) herbeigeführten gegenwärtigen Zustand in Beziehung zu setzen zu einem gedachten künftigen Zustand und ein Urteil darüber zu gewinnen, ob die Fortentwicklung des tatsächlich gegebenen zu dem gedachten künftigen Zustand als möglich bezeichnet werden kann".

Die Feststellung des gegenwärtigen Zustandes (sogenanntes ontologisches Wissen) macht bereits praktisch erhebliche Schwierigkeiten, obwohl die Feststellung theoretisch immerhin denkbar ist. Das eigentliche Problem liegt aber bei dem Urteil über den künftigen Kausalverlauf, denn hier müssen die festgestellten gegenwärtigen Tatsachen nach ihrer Zukunftsrelevanz bewertet werden (sogenanntes nomologisches Wissen). Ist es schon äußerst schwierig, die Zukunftsrelevanz einer begrenzten Anzahl isoliert betrachteter Umstände festzustellen (so die volkswirtschaftlichen Modelle), so ist es wie *Steindorff* gezeigt hat ¹⁾ unmöglich, die reale Zukunftsrelevanz zu bestimmen, da sie durch eine Reihe von Umständen begründet wird, die bei Fällung des nomologischen Urteils noch nicht bekannt sind. Die aufgezeigten Schwierigkeiten werden potenziert, wenn der zukünftige Kausalverlauf mit einem bestimmten *Grad* an Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein muß. *Lackner* ²⁾ hält darum die Bestimmung eines Wahrscheinlichkeitsgrades geradezu für ausgeschlossen:

" Die im Strafrecht zu wertenden Sachverhalte sind so kompliziert und vielschichtig, die mitwirkenden, schadensfördernden und hemmenden Bedingungen schon zahlenmäßig, aber erst recht in ihrem Verhältnis zueinander so unübersehbar, daß eine exakte Bestimmung des Möglichkeitsgrades regelmäßig ausgeschlossen ist".

Diese Bedenken treffen in gleicher Weise im Wettbewerbsrecht zu.

Rechtsfindungsprobleme ergeben sich daraus, daß die zu treffenden Entscheidungen nicht nur "richtig", sondern vor allen Dingen auch gerecht sein sollen ¹⁾.

Die Entscheidungspraxis muß deshalb ein gewisses Maß an Gleichmäßigkeit aufzeigen, nicht nur um "Gleichheit" zu garantieren, sondern auch um die Beurteilung von Vereinbarungen in gewissem Maße vorhersehbar zu machen. Kriterien und Maßstäbe zur Bewältigung dieser Aufgabe kann die rechtsanwendende Behörde sich einmal auf Grund von Erfahrung selber schaffen. So ist es beispielsweise gelungen, die häufig schwer nachzuweisenden Kausalverläufe im Verkehrsgeschehen auf Grund der Typizität der tausend-

maligen Verkehrsgeschehen auf Grund der Typizität der tausendmaligen Erfahrungswissens zu bestimmen ²⁾. Im Wettbewerbsrecht ist dies schwieriger, weil sich die Vorgänge nicht "tausendfach" wiederholen, und da selbst ähnliche Fälle sich nicht selten voneinander in Einzelpunkten beträchtlich unterscheiden. Wenn die Kommission durch Einzelentscheidungen feste Beurteilungsmaßstäbe schaffen will ³⁾, um so mangelnde Erfahrung zu kompensieren, so ist dies zwar nicht rundheraus abzulehnen, es kann aber nicht nachdrücklich genug vor vorrationalen Entscheidungen gewarnt werden. In jedem Falle ist es besser, ab und zu auf den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 zurückzugreifen als in freier Rechtsfindung wirtschaftspolitische Gesichtspunkte zum Tragen zu bringen. Der Tatbestand bietet den Zweck als generalisierenden Maßstab an, um die Probleme des Eignungsurteils zu bewältigen.

2. Folgen des Zweckmaßstabs.

Der Zweckmaßstab führt in vielen Fällen zu einer Feststellungserleichterung gegenüber einer tatsächlich bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, da Umstände berücksichtigt werden können, die für die Bejahung der objektiven Eignung nicht ausschlagkräftig wären. Dabei wird nicht verkannt, daß im konkreten Fall eine Sachlage gegeben sein kann, in der die objektive Eignung leichter als der Zweck festzustellen ist. Berücksichtigt man dies, so kann man sagen, daß der Zweckmaßstab eine Praxiserleichterung der Feststellungsgrundlage bietet.

Zu berücksichtigen sind grundsätzlich alle Umstände, die einen Verstoß auf den Willen der Parteien zulassen. Das sind immer nur solche, die eine große Nähe zur Vereinbarung aufweisen¹⁾.

a. Zunächst kommt die Beweisgrundlage deshalb die Vereinbarung selbst in Frage. Hier sollen nur zwei Probleme, die in die Praxis hinein auftauchen, behandelt werden.

a.a. Die Frage der Nähe zur Vereinbarung wird im EWG-Kartellrecht zunehmend diskutiert, daß der Vereinbarungsbegriff selbst eine nicht unbedeutende Ausdehnung erfährt. Dabei interessiert hier weniger das Problem, ob die zu beurteilenden Absprachen bindend oder nicht bindend sein müssen²⁾, sondern welche (bindenden) Absprachen zur Vereinbarung gehören. Bei Vertikalkartellverträgen ist die Kommission inzwischen zur "Systembetrachtung" übergegangen, d.h. sie betrachtet Vertriebssysteme in ihrer Gesamtheit³⁾.

So heißt es z.B. in der Omega-Entscheidung:¹⁾

"Um diese Vereinbarungen im Hinblick auf Art. 85 einwandfrei beurteilen zu können, ist es erforderlich, sie gleichzeitig und in ihrer Gesamtwirkung in Betracht zu ziehen, da sie insgesamt ein homogenes Vertriebssystem bilden".

Die h.L. konstruiert diese Betrachtungsweise so, daß sie als eigentlichen Beurteilungsgegenstand nur eine Einzelvereinbarung annimmt, aber bei der wettbewerbsrechtlichen Bewertung auf die anderen Vereinbarungen zurückgreift. Zwangloser und dem praktischen Ergebnis angemessener dürfte es aber sein, hier von der Bewertung einer "Gesamtvereinbarung" zu sprechen, denn die Kommission greift von vorneherein auf das Vereinbarungssystem zurück, ohne sich überhaupt mit einer Einzelvereinbarung zu beschäftigen²⁾.

Auch bei H o r i z o n t a l v e r t r ä g e n bilden häufig Gesamtvereinbarungen die Bewertungsgrundlage. So werden z.B. immer wieder Spezialisierungsabreden, die mit einem Alleinvertrieb gekoppelt sind, zu einer Gesamtvereinbarung zusammengefaßt. In *Clima Chappée* - - *Buderus*³⁾ führt die Kommission aus:

"Die Spezialisierung eines Partners auf die von ihm übernommene Produktion von Material und der Alleinvertrieb dieses Materials durch den anderen Partner in dessen Heimatland, bilden ein unteilbares Ganzes".

An anderer Stelle⁴⁾ rechtfertigt die Kommission die einheitliche Betrachtungsweise von Spezialisierungs- und Alleinvertriebsabsprache dadurch, daß sie die Al-

leinvertriebsvereinbarung zum "wesentlichen Bestandteil" der Spezialisierungsvereinbarung erklärt ¹⁾. Entscheidungserheblich war schließlich in dem Chinin-Fall ²⁾ die Zusammenfassung der für den Gemeinsamen Markt geltenden Gentlemen's Agreements mit einem für Drittländer geltenden wettbewerbsbeschränkenden Exportvertrag. Eine isolierte Betrachtung dieser beiden Absprachen hätte mit Sicherheit ³⁾ zur Bejahung ihrer Rechtmäßigkeit geführt.

Die Folgen dieses weiten vereinbarungsbegriffes können hier im einzelnen nicht untersucht werden. Wichtig ist nur festzuhalten, daß die Kommission sich für die Feststellung des Zwecks eine Beweisgrundlage schafft, die nicht immer identisch ist mit dem nach deutschen Zivilrecht bestimmten Vertragsbegriff. Wo die Grenzen einer "Gesamtvereinbarung" liegen, ist im einzelnen noch unklar. Aufschlussreich ist in diesem Punkt die Entscheidung Julien-Katwijk ⁴⁾, in der diese Grenze eindeutig überschritten war: Ein belgischer und ein niederländischer Hersteller von Papprohren vereinbarten, Exporte nach Holland bzw. Belgien zu unterlassen, um sich ihre Heimatmärkte zu reservieren. Diese Marktaufteilung versuchten die Unternehmer damit zu rechtfertigen ⁵⁾, daß sie sie als Teil einer Gesamtvereinbarung charakterisierten, die ihrem Typ nach als technischer Informationsaustausch zu kennzeichnen gewesen wäre. Ein solcher Informationsaustausch ist bekanntlich rechtmäßig ⁶⁾. Mit Recht ließ sich die Kommission auf diese Argumentation nicht ein, da ein solcher

Zusammenhang zwischen diesen Vereinbarungen fehle. Das Problem eines solchen Zusammenhangs stellt sich immer dann, wenn mehrere an sich selbständige Vereinbarungen vorliegen. Handelt es sich um "Klauseln", so sind sie ohne weiteres irgendeiner umfassenderen Vereinbarung zuzuweisen. Gesamtvereinbarungen setzen in jedem Falle einen sachlichen Zusammenhang der einzelnen Vereinbarungen voraus. Hingegen wird man nicht verlangen können, daß die eine Vereinbarung unerlässlich für die andere ist.

b, b. Die "Unerlässlichkeitsprüfung" gewinnt aber an Bedeutung für die Ermittlung des Zwecks: Es ist stets zu fragen, in welchem Verhältnis die einzelnen Klauseln zu dem von den Vertragsparteien angegebenen Zweck stehen.

In dem bereits oben ¹⁾ geschilderten EWA-Fall hätte diese Prüfung möglicherweise ²⁾ zu der Feststellung geführt, daß die Klausel, die einen begründungslosen Ausschluß, der von dem ausgeschlossenen Mitglied nicht angefochten werden konnte, vorsah, eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte. Eine solche Feststellung wäre deshalb von Bedeutung gewesen, da eine Vereinbarung, deren wettbewerbsbeschränkender Zweck auf Grund einer "Unerlässlichkeitsprüfung" ermittelt wurde, regelmäßig nicht mehr freistellungsfähig ist.

b. Die weiteren beweiserheblichen Umstände sollen hier nicht näher dargestellt werden, denn insofern gilt das für das amerikanische Antitrustrecht Ausgeführte auch im EWG-Kartellrecht.

Allgemein gilt, daß alle Umstände relevant sind,

die eine ausreichende Nähe zur Vereinbarung aufweisen. Insbesondere abzulehnen sind hier die Ausführungen von B e n i s c h ¹⁾, der z.B. die Kartellvergangenheit für den Fall für nicht beweiserheblich hält, in dem ^{sie} mit einem neuen Vertrag "nicht fortgesetzt werden soll" ²⁾. Die Frage, ob diese Vergangenheit fortgesetzt oder nicht fortgesetzt werden soll, zwingt geradezu zur Berücksichtigung des Vornhaltens der Parteien vor Vertragsabschluß und zur Erforschung der Motive, die zu dem neuen Vertragsschluß führen. Richtig ist allerdings, daß die Kartellvergangenheit nicht ohne weiteres eine Vermutung für einen Beschränkungszweck des neuen Vertrages begründet.

Weiter sind objektive (betriebsbezogene oder betriebsunabhängige) Umstände ebenso zur Zweckermittlung heranzuziehen wie beispielsweise Willensäußerungen der Parteien, die eine ausreichende "Nähe zum Vertrag" aufweisen ³⁾.

c. Die Frage nach der Zulässigkeit des G e g e n b e - w e i s e s ist mehr theoretischer als praktischer Natur: Steht es den Vertragsparteien zu, trotz eines eindeutig festgestellten Wettowerbbeschränkungszwecks darzutun, daß die Vereinbarung nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken? Grundsätzlich ist diese Frage zu verneinen, und zwar hängt dies zusammen mit der gegenseitigen Bedingtheit von Zweck und Eignung. Der Zweck ist ein so starkes Eignungsindiz, daß die Eignung eben nur dann verneint werden kann, wenn auch der Zweck widerlegt wird. Eine Situation, in der trotz des Wettbewerbsbeschränkungszwecks die objektive Eignung offen-

ber fehlt, ist zwar theoretisch vorstellbar, dürfte aber in der Praxis kaum auftauchen. Im übrigen reicht in diesen Fällen der Verbotsgrund der Vorwerfbarkeit¹⁾ aus, um Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, ohne diese bewirken zu können, zu verbieten.

Ergebnis

I. Der Zweck ist alleiniges Prüfungskriterium zur Beurteilung der Zukunftsrelevanz von Vereinbarungen. Nicht tatsächlich festgestellte Folgen sind deshalb nur insoweit von Bedeutung als sie bezweckt waren. Einer Abgrenzung der Merkmale "Bezwecken" und "Bewirken" im Rahmen der Prüfung von nicht durchgeführten Vereinbarungen bedarf es deshalb nicht. Für die Gegenstands- und Folgetheorie ist auch aus diesen Gründen in Art. 85 Abs. 1 kein Platz.

II. Verboten sind Vereinbarungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Der Grad der Eignung wird durch das Zweckmerkmal umhingehend bestimmt, daß in der Regel nur solche Umstände die erforderliche Eignung darstellen können, die auch einen Schluß auf einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck zulassen. Ist eine Vereinbarung konkret geeignet, den Wettbewerb zu beschränken, so wird eine unwiderlegbare Vermutung begründet, daß sie auch bezweckt sei.

III. Der Zweck selber ist unwiderlegbares Eignungsindiz. Er kann festgestellt werden auf Grund von Umständen, die den Schluß auf eine objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung nicht zulassen.

IV. Somit wird die Grundlage der beweisrechtlichen Um-

triebsverträgen ¹⁾. Geht man einmal davon aus, daß eine einzelne Vereinbarung grundsätzlich nur dann dem Verbot des Art. 85 unterliegt, wenn sie selbständig eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirkt ²⁾, so ergeben sich nach der Entscheidungspraxis der Kommission, die ihre wettbewerbsrechtliche Bewertung jeweils an das Vertriebssystem anknüpft ³⁾, zwei Zurechenbarkeitsfragen:

1. ... die Wirkung des gesamten Vertriebssystems zurechnen lassen und
2. müssen die Wirkungen des Systems ihrerseits zurechenbar (z.B. vorhersehbar) sein.

I. Die speziellen Probleme, die mit der Systembetrachtung verbunden sind, wurden bereits oben ⁴⁾ behandelt. Die Rechtsprechung des EuGH gibt nur wenig Aufschluß über die Gründe, die zu dieser Betrachtungsweise geführt haben. Verwirrung hat insbesondere die rätselhafte Passage in dem Brasserie de Haecht-Urteil gestiftet. Der Gerichtshof führt dort aus:

" Ferner ist daraus, daß die Vorschrift die Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen nicht nur nach ihrem Zweck, sondern auch nach ihrer Wirkung auf den Wettbewerb dem Verbot unterwirft, zu schließen, daß diese Wirkungen in dem Rahmen zu betrachten sind, in dem sie auftreten, d.h. in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang, in dem die Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltens-

weisen stehen und zusammen mit andern zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen können. Denn es hätte keinen Sinn, Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen nach ihren Wirkungen zu beurteilen, wenn diese aus dem Markt, in dem sie auftreten, herausgelöst werden und getrennt von dem Bündel in die gleiche oder andere Richtung gehender Wirkungen betrachtet werden müßten, dem sie angehören".

Ob der EuGH die Systembetrachtung auf das Merkmal "Bewirken", allgemeine beweisrechtliche Grundsätze oder die alternative Fassung von Tatbestandsmerkmalen stützt, bleibt unklar. Zurechnungsgesichtspunkte scheinen jedenfalls keine Rolle zu spielen. Eine sinnvolle dogmatische Rechtfertigung findet das Vorgehen des EuGH und der Kommission dann, wenn der Vereinbarungsbegriff des Art. 85 Abs. 1 entsprechend weit gefaßt wird ¹⁾. Es wurde bereits oben dargelegt ²⁾, daß es sinnvoll ist, aus sachlichen Gesichtspunkten im gegebenen Fall nicht an Einzel-, sondern an Gesamtvereinbarungen anzuknüpfen. Eine zusätzliche Erweiterung des Vereinbarungsbegriffs ergibt sich nun aus Zurechnungsgesichtspunkten: Der Einzelvertrag ist nach den Erfordernissen des Systems gestaltet, die Vertragsparteien genießen die Vorteile und Nachteile des Systems und werden so in ein Vertragsgeflecht integriert, das eine Art Haftungsverband schafft. Härten, die sich hierdurch ergeben, können

und müssen System - i n t e r n gelöst werden. Es wird nicht verkannt, daß auf diese Weise für das EWG-Kartellrecht ein gespaltener Vereinbarungsbe- griff geschaffen wird, dann Art. 4 Abs. 1 VO 17 stellt unzweifelhaft auf eine "Einzelvereinbarung" ab. Dieser Begriff, der eine Überwachungstechni- sche Funktion hat, braucht aber keineswegs iden- tisch zu sein mit dem Vereinbarungsbe- griff in Art. 85 Abs. 1. Sinnvoll ist eine weite Fassung des Ver- einbarungsbe- griffes auch deshalb, weil so die auf- tauchenden "Zurechnungsfragen einen klaren dogma- tischen Standort haben und eine Vertiefung der Ein- zelfragen ermöglichen.

II. Das Problem der Zurechenbarkeit der Wirkungen des Systems ist ähnlich der Frage nach der Zurech- nung der Wirkungen überhaupt. Eine besondere Fall- gestaltung ergibt sich nur dadurch, daß die Wirkun- gen - soweit sie zurechenbar sein müssen (dazu un- ten S. ff) - nicht jedem einzelnen Vertragspart- ner, sondern nur dem R e p r ä s e n t a n t des Systems zurechenbar sein müssen. Als Repräsentant gilt dabei der dominierende Vertragsteil, der das System schafft und beherrscht. Auch hier müssen Härten, die sich durch ein eventuelles Verbot erge- ben, intern ausgeglichen werden. Entsprechende Vertragsgestaltungen, die Aufklärungspflichten oder besondere Risikoabgrenzungen enthalten, sind jeden- falls ohne weiteres denkbar.

III. Die Fragen der "Zurechenbarkeit sind bisher überwiegend in a n d e r m Z u s a m m e n h a n g ,

(nämlich im Zusammenhang mit dem Merkmal "Bewirken") behandelt worden: Sind wettbewerbsbeschränkende Wirkungen nur dann verboten, wenn sie zurechenbar sind?² Bei der Beantwortung dieser Frage sind zwei Probleme zu unterscheiden. Einmal ist zu klären, ob die Wirkungen überhaupt zurechenbar sein müssen, und wenn dies bejaht werden sollte, muß ein angemessener Zurechnungsmaßstab gefunden werden.

a. Die überwiegende Meinung will Vereinbarungen, die wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hervorrufen, nur dann dem Verbot des Art. 85 unterwerfen, wenn diese Wirkungen den Parteien zurechenbar sind. Die Begründungen für diese Ansicht sind uneinheitlich. So soll es einem traditionellen europäischen Privatrechtsprinzip entsprechen, daß Handlungen nur dann verboten werden, wenn ihr mißbilligter Erfolg von den Handelnden vorhergesehen werden konnte ¹⁾. Im Grunde ist es die strenge Nichtigkeitsfolge des Art. 85 Abs. 2, die nach "allgemeinem Restsbewußtsein" die subjektive Zurechenbarkeit fordert ²⁾. Soweit die Forderung nach einer Zurechenbarkeit mit der Kausalität begründet wird ³⁾, wird im Grunde nur auf die nationalen Rechtsordnungen verwiesen, in denen die sogenannte Adäquanztheorie aus bereits anders begründeten Zurechnungserwägungen zur herrschenden "Kausalitätstheorie" geworden ist. Eine selbständige Begründung für das Zurechenbarkeitserfordernis vermag die Adäquanztheorie hingegen nicht zu liefern.

b. Soweit eine Zurechenbarkeit a b g e l e h n t wird, wird dies z.T. auf die Überlegung gestützt,

daß das Wettbewerbsrecht Ordnungsstrukturen zu verwirklichen habe, und dabei auf subjektive Zurechenbarkeitserwägungen keine Rücksicht genommen werden könne ¹⁾. Überwiegend wird aber auf die alternative Fassung der Merkmale "Bezwecken" oder "Bewirken" abgestellt, aus der gefolgert wird, daß subjektive Erwägungen in dem Zweckmerkmal konzentriert seien und im Rahmen des Bewirkens nicht beachtet werden dürften ²⁾.

c. Die Frage nach der Zurechenbarkeit spielt in der Praxis nicht die Rolle ³⁾ die ihr in der Theorie bisweilen beigemessen wird. Es liegt bisher z.B. keine Entscheidung der Kommission vor, in der die Frage der Zurechenbarkeit eine ernsthafte Rolle gespielt hat ⁴⁾.

Mit der überwiegenden ⁵⁾ Meinung ist zunächst von der These auszugehen, daß Vereinbarungen nur dann (jedenfalls rückwirkend) verboten werden können, wenn der durch sie herbeigeführte, mißbilligte Erfolg den an der Vereinbarung beteiligten Parteien zugerechnet werden kann. Diese These kann zwar keine selbständige Begründung dafür sein, daß die Wirkungen zurechenbar sein müssen, denn es steht dem Gesetzgeber frei, eine abweichende Regelung zu treffen. Zu untersuchen ist deshalb, ob der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit in Art. 85 Abs. 1 Gebrauch gemacht hat.

Durch die alternative Tatbestandsfassung "Bezwecken oder Bewirken" ist der Rechtsanwendungsbehörde nicht ein rein subjektives und ein rein objektives Merkmal als Prüfungskriterium zur Verfügung gestellt worden. Eine solche Behauptung ließe sich

möglicherweise nur dann halten, wenn die Bewertungskriterien sich regelmäßig auf die gleichen Sachverhalte bezögen. Wie aber oben ¹⁾ gezeigt wurde, wird die Zukunftsrelevanz der Vereinbarungen ausschließlich nach dem "Zweck" beurteilt, während die bereits durchgeführten Verträge grundsätzlich nach ihrer Wirkung zu beurteilen sind ²⁾. Aus diesem Grunde ist das Wörtchen "oder" zunächst einmal so zu verstehen, daß die Vereinbarungen s o - w o h l nach ihrer Zukunftsrelevanz a l s a u c h nach ihren bereits erzielten Wirkungen zu beurteilen sind, daß hingegen bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen nicht subjektiv zurechenbar sein müßten, ergibt sich aus der Tatbestandsfassung nicht.

Der Gesichtspunkt, daß O r d n u n g s s t r u k - t u r e n , die durch das Wettbewerbsrecht realisiert werden sollen, nur dann geschaffen oder aufrecht erhalten werden können, wenn wettbewerbsrechtliche Wirkungen unabhängig von ihrer jeweiligen Zurechenbarkeit Rechtsfolgen nach sich ziehen, verkennet die Tatsache, daß die "Ordnungsstrukturen" keine amorphen Gebilde sind, sondern von verantwortlich handelnden Wirtschaftssubjekten getragen werden, auf deren Einsicht jede Entwicklung beruht.

Als E r g e b n i s läßt sich deshalb feststellen, daß der Tatbestand des Art. 85 keinen überzeugenden Hinweis dafür gibt, daß bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen nicht subjektiv zurechenbar sein müssen, um die in Art. 85 Abs. 2 angeordnete

ten Rechtsfolgen auszufließen.

2. Die Frage nach dem Berechnungsmaßstab ist bisher nicht einheitlich beantwortet worden. Nach den Vertretern der Adäquanztheorie³⁾, daß die Wirkungen nicht entgegen aller Wahrscheinlichkeit und in Widerspruch zu den Erfordernissen der Lebenswirklichkeit zu beurteilen sind, ist der Maßstab der Wahrscheinlichkeit zu ermitteln. Nach der EGB eine Grenze zu ermitteln, wobei wettbewerbsbeschränkende Folgen nur relevant sind, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnten. Im Kern kreisen alle Lösungsversuche um die Ermittlung der kausalen Kette.

Hier steht die Frage der Gradualität der Fahrlässigkeit im Vordergrund. Es kann kein Zweifel sein, daß an den Berechnungsmaßstab geringere Anforderungen zu stellen sind als an die in Art. 15 Abs. 2 VO 17 verlangte Fahrlässigkeit, denn Art. 15 Abs. 2 geht davon aus, daß nicht alle bewirkten und nach Art. 15 Abs. 2 verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen auch fahrlässig begangen worden sind. Bisher haben sich weder der EuGH noch die Kommission⁴⁾ klar darüber geäußert, welche Mindestanfordernisse vorliegen müssen, um das Urteil "Fahrlässig"

fallen zu können. Es dürfte aber richtig sein
die Festlegung des Begriffs auf die für das
Strafrecht entwickelten Kriterien zurückzugrei-
fen, da die in Art. 15 vorgesehene Fülle zumi-
ndest straffähig ist.

"Der Unrechts tatbestand der Fahrläs-
sigkeitstat wird ... durch drei Merk-
male bestimmt: durch die Erkennbar-
keit der Gefahr der Verwirklichung
des Tatbestandes, durch ein Handeln,
das in Hinblick auf diese Gefahr
die objektiv gebotene Sorgfalt ver-
missen läßt und ... durch den Ein-
tritt des tatbestandsmäßigen Er-
folges, soweit er auf der Sorg-
faltverletzung beruht ... Für die
Bestrafung kommt jedoch die Erför-
dernis der Fahrlässigkeit hinzu ^{alschuld} ... 1).

Die Fahrlässigkeits schuld liegt vor, wenn Täter
nach seinen individuellen Fähigkeiten (also indivi-
duelle Voraussetzbarkeit) der mißbilligte Erfolg
vermeidbar war ²⁾.

an die für Art. 85 Abs. 1 verlangte Vorhersehbar-
keit sind insoweit geringere Anforderungen zu stel-
len, als es ausreichen muß, wenn der Eintritt der
wettbewerbsbeschränkenden Wirkung o b j e k t i v
vorhersehbar war. Das individuelle Wissen der Ver-
tragsparteien kommt nur insoweit in Betracht, als
es über das allgemeine Wissen hinausgeht, soweit
es unter dem allgemeinen Wissen zurückbleibt, muß
es unbeachtlich bleiben - eben, um eine Abstufung

zu der durch die im vorstehenden gebliebenen Fahrlässigkeitsschuldenschriften. Der Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Wettbewerbsbeschränkung, im Gegensatz der "Voraussensbarkeit" kann nur, wenn nicht ebenfalls zwanglos aus dem Sachverhalt zu ersehen ist, nur eine erste, vorläufige Feststellung bestanden haben, daß die Abgrenzung einer Wettbewerbsbeschränkung nicht nur die weitere Abstufungen der Schadenshöhe, sondern auch die praktische nach aussagekräftig.

Die Erwägungen zur Frage der Zurechenbarkeit konnten zwar nicht aus dem Merkmal "bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung" gewonnen werden; sie wurden aber hier erörtert, da die üblicherweise in der Literatur zum genannten Tatbestand angeführten Gründe und hier auch v.a. praktische Erwägungen, welche zu führen.

Zur weiteren Klärung des Begriffs "bewirken" ist es aber nötig, den tatsächlichen Anwendungsbereich dieses Tatbestandes noch näher zu bestimmen.

10.

Wann das Prüfungskriterium zu Vergangenenheitsbewertung durchgeführter Absprachen.

1. Zweck und Wirkung als gleichwertige Kriterien.

Die Kommission wendet die beiden Kriterien nebeneinander an, ohne daß im Einzelfall ersichtlich wäre, warum in dem einen Fall auf den Zweck, in dem anderen aber auf die Wirkung abgehoben wird¹⁾. Auf die Frage, ob die Absprache

Dabei glaubt sie, sich einer Begründungspflicht für die freie Prüfungswahl dadurch entziehen zu können, daß sie nach Möglichkeit beide Kriterien kumulativ prüft und dann im gegebenen Fall auch bejaht. So wird beispielsweise die Bewertung der Kooperationsvereinbarung in dem Fall Jaz-Peter ¹⁾ mit der Feststellung eingeleitet:

"Die vorliegende Vereinbarung bezweckt und bewirkt eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes..."

Anschließend erfolgt die Untersuchung der einzelnen Klauseln der Vereinbarung, ohne daß nach Zweck oder Wirkung unterschieden wird.

Auch der E u G H geht davon aus, daß Zweck und Wirkung gleichwertige Kriterien zur Bewertung von Kartellvereinbarungen sind ²⁾.

Dieser Ansicht hat sich die Literatur weitgehend angeschlossen ³⁾, wobei das tragende Argument das Wörtchen "oder" ist. Eine Mindermeinung ⁴⁾ geht davon aus, daß dem Merkmal "Bewirken" zumindest der Prüfungsvorrang gebührt. Umgekehrt wird auch die Ansicht vertreten, daß aus sachlichen Gründen (also nicht allein auf Grund der Wortfolge im Tatbestand) erst auf den Zweck der Vereinbarung abzuheben sei ⁵⁾.

Eine differenzierende Meinung vertritt S t e i n d o r f f ⁶⁾, der vor allen

Dingen betont, daß ein wahlloser Wechsel zwischen den beiden Kriterien nicht möglich sei. Als E r g e b n i s kann hier festgehalten werden, daß die überwiegende Meinung den Zweck und die Wirkung als gleichwertige Kriterien ansieht, wobei als Hauptargument das Wörtchen "oder" im Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 gelten kann.

II. Bewirken als Hauptkriterium.

Es ist von dem Rechtsgrundsatz auszugehen, daß mißbilligte Ereignisse, die das Verbot der sie auslösenden Handlungen oder eine Buße nach sich ziehen, tatsächlich festgestellt werden müssen. Von diesem Grundsatz können Ausnahmen durch den Gesetzgeber gemacht werden, auch allgemeine Grundsätze des Beweisrechts oder durch den Richter geschaffenes Recht können von dem Erfordernis der tatsächlichen Feststellung dispensieren. Eine, durch den Gesetzgeber geschaffene Ausnahme läge vor, wenn auch der "Zweck" neben der "Wirkung" gleichwertiges Prüfungskriterium für bereits durchgeführte Absprachen wäre.

Der Wortlaut des Art. 85 zwingt indes nicht dazu, die beiden Kriterien als gleichwertig anzusehen; auch "innere Gründe" vermögen die These von der Gleichwertigkeit nicht zu stützen.

1. Die Bedeutung des Wörtchens " o d e r " wurde bereits ¹⁾ dahingehend bestimmt, daß vor allen Dingen zum Ausdruck gebracht wird, daß die Kartellabsprachen sowohl auf ihre Zukunfts- als auch

auf Ihre Vergangenheitsrelevanz hin zu überprüfen sind. Somit ist die Behauptung, der einzig mögliche¹⁾ Sinn des Wörtchens "oder" könne nur darin liegen, die Gleichwertigkeit der beiden Prüfungskriterien zu betonen, nicht überzeugend.

2. I n n e r e G r ü n d e , die für eine Gleichwertigkeit sprechen, lassen sich ebenso wenig finden. Es ließe sich daran denken, daß durch das Zweckmerkmal ein Bewertungsmaßstab zur Verfügung gestellt würde, der in dem Merkmal "Bewirken" noch nicht enthalten ist. In diesem Falle stellte der Zweck einen eigenen Beurteilungsmaßstab dar, der selbständig neben die Wirkung träte.

In Frage käme hier vor allen Dingen der "böse Wille", der in dem "Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung" zum Ausdruck kommt. Indes wurde bereits festgestellt²⁾, daß der tragende Grund für ein Verbot von Kartellabsprachen in der objektiven Gefährdung des Wettbewerbs, nicht aber in der Bestrafung des bösen Willens liegt. Der Zweck enthält demnach neben dem Bewirken keinen selbständigen, relevanten Bewertungsmaßstab.

Schließlich wäre daran zu denken, das Zweckmerkmal aus beweisrechtlichen Gründen zu verselbständigen. Würde allerdings von einem festgestellten Zweck darauf geschlossen, daß eine Wettbewerbsbeschränkung auch bewirkt sei, so verliert dies Merkmal zumindest dogmatisch seine Gleichwertigkeit, da es dem Bewirken- das vermutet wird - zugeordnet würde.

3. Die These von der Gleichwertigkeit und uneinge-

schränkten Alternativität der beiden Merkmale hat für die Konstruktion des Tatbestandes des Art. 85 Abs. 1 bisher wenig Verdienstvolles geleistet. Ebenso wie die Kommission diese Merkmale praktisch zu einem Kriterium verschmilzt und nach Belieben kumulativ, alternativ, objektiv oder subjektiv verwendet, besteht auch in der Literatur die "Eigung, die Unterschiede zwischen Zweck und Wirkung möglichst zu verwischen. So wird z.B. aus der angeblichen Gleichwertigkeit gefolgert, daß die Beweisanforderungen beider Merkmale gleich oder ähnlich sein müssen ¹⁾.

Es wird sich zeigen, daß eine sinnvolle Zuordnung ^{Bezwecken und} der Merkmale "Bewirken" - ebenso wie im amerikanischen Recht - dann möglich ist, wenn die tatsächlich festgestellte Wirkung als Hauptkriterium für die Bewertung der Vergangenheitsrelevanz von durchgeführten Verträgen angesehen wird.

III. Eingeschränkte Alternativität der Prüfungskriterien.

Wenn auch aus der Formel "Bezwecken oder Bewirken" einer Wettbewerbsbeschränkung" keineswegs zu entnehmen ist, daß der Zweck neben der Wirkung ein gleichwertiges Prüfungskriterium für durchgeführte Vereinbarungen ist, so weist sie doch darauf hin, daß dem Zweck bei der Beurteilung kartellrechtlicher Absprachen eine wichtige Bedeutung zukommt. Dies entspricht auch der ganz einhelligen Meinung und hat überdies auch in anderen ²⁾ Rechtsordnungen seinen Niederschlag gefunden. Die aus dem amerikanischen Recht gewonnenen Ergebnisse können für das EWG-Recht insoweit voll übernommen werden, als es um die Frage geht, wann der Zweck als Prüfungskriterium für durchgeführte Verträge herangezogen werden darf.

An dieser Stelle sollen nur noch zwei Probleme näher behandelt werden, nämlich, wann der Zweck in seiner Funktion als Feststellungersatz, wann als Kausalitätersatz zum Fragen kommt.

2. Kapitel

Der Zweck als Feststellungersatz.

Ob die Rechtsanwendungsbehörde den Zweck als Ersatz für die tatsächliche Feststellung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung verwandt hat, läßt sich nur ermitteln, wenn zuvor geklärt ist, was im konkreten Fall als wettbewerbsbeschränkende Wirkung angesehen wird, bzw. worden wäre. Dabei kommt es hier zunächst nicht darauf an, ob das, was die Rechtsanwendungsbehörde als Wettbewerbsbeschränkung ansieht, auch nach "richtiger" Auslegung des Tatbestandes eine solche Beschränkung ist.

I. Nach ganz herrschender Auffassung hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung im *Grundig - Consten*-Fall¹⁾ das Verbot des zu beurteilenden Alleinvertriebsvertrages auf die Feststellung eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks gestützt²⁾. (Der Sachverhalt dieser Entscheidung wird hier als bekannt vorausgesetzt).

1. Zwar wird man dieser Ansicht zustimmen müssen, sie bedarf aber einer etwas sorgfältigeren Begründung als des schlichten Hinweises auf die Formulierungen des EuGH. Der Gerichtshof leitet seine Überlegungen zu den Merkmalen Bezwecken oder Bewirken mit den folgenden Worten ein:

"Andererseits brauchen bei der Anwendung von Art. 85 Abs. 1 die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden, wenn sich ergibt, daß diese eine Verhinderung ein-

schränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt".

Mit diesen Ausführungen will der EuGH das Prüfungsvorgehen der Adm. ... vertiefen:

"Unter ...
... auf die
... Aus-
... Vereinbarung auf den
... zwischen gleichartigen Er-
zeugnissen der verschiedenen Marken
nicht eingerechnet hat".

Der EuGH prüft nur aber nicht, ob das, was er als "Auswirkungen" ansieht, wenigstens bezweckt war, sondern er prüft diese Auswirkungen - egal ob bezweckt oder nicht - als relevant. In der oben zitierten Passage sagt der Gerichtshof deshalb gar nichts zu dem Verhältnis von Zweck und Wirkung aus, sondern er äußert sich zu dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung. Richtigerweise hätte er deshalb formulieren müssen: Eine relevante Wettbewerbsbeschränkung ist bereits die Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs.

Verboden wird die Vereinbarung letztlich, weil es ihr Zweck war, "jede Wettbewerbsmöglichkeit auf der Großhandelsstufe für Grundig-Erzeugnisse (zu) beseitigen". Als Wirkung sah der Gerichtshof demnach eben diese tatsächliche Beseitigung des Wettbewerbs auf der Großhandelsstufe an. Festge-

stellt wurde aber lediglich, daß außer Con-
sten auch den anderen Alleinvertriebsberechtig-
ten ein Ausfuhrverbot auferlegt worden war.

Es fehlt die Feststellung, daß zwischen den
Großhändlern ein Wettbewerb tatsächlich nicht
stattfand. Aus diesem Grund mag es gerechtfert-
igt sein, in dem Grund-Urteil ein Beispiel zu
geben, in dem der Zweck in seiner Funktion als
konkreter Schutz zum tragen kam.

2. Die Gründe für das Zweckverbot sind
schwer feststellbar, zumal der EuGH - wie gezeigt
wurde - eine Begründung für sein Prüfungsvorgehen
schuldig blieb. - sieht man einmal ab von dem Hin-
weis auf das Wortchen "oder". Eine Begründung wäre
von allen Dingen deshalb von Nöten gewesen, weil
der Gerichtshof von dem Test der Kommission ab-
wich; außerdem handelte es sich um die erste
Entscheidung in Kartellsachen nach Art. 175 Abs. 2
des EWG-Vertrages

Es ist zwar bekannt, daß die Beweisvermutung-
rechten für den EuGH unüberwindlich waren. Es liegt
vielmehr die Vermutung nahe, daß er die Ermittlung
auf der Kommissar in seine weitere Ermittlung
anzustellen, aufrecht erhalten wollte und
sich nie ernsthaft mit der Frage, das erdungs-
verfahren der Kommission gegebenenfalls weiter abzusie-
hern, befaßte. Dieser Sachverhalt ist als Mangel an-
gesehen werden.

II. Einen weiteren Fall, in dem der Zweck als Feststellungersatz fungierte, bildet die E W A - Entscheidung der Kommission ¹⁾. Zu bewerten war die Klausel, nach der die Werkzeugmaschinen-Hersteller, die ihre Maschinen auf der EWA ausgestellt haben, unmittelbar oder mittelbar an keiner anderen Messe in einem Land, dessen Werkzeugmaschinenhersteller - Verband Mitglied des europäischen Komitees für die Zusammenarbeit der Werkzeugmaschinen-Industrien (EKZW) ist, teilzunehmen ²⁾.

Die Kommission glaubte, aus dieser Verpflichtung auf einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck schließen zu können, da den Herstellern auf diese Weise die Möglichkeit genommen sei, mit Hilfe von Ausstellungen in anderen Gebieten Geschäfte abzuschließen. Als wettbewerbsbeschränkende Wirkung wurde also demnach angesehen, der tatsächlich fehlende Abschluß von Geschäften. Dieses "Fehlen" nachzuweisen, hätte in der Tat erhebliche Beweisschwierigkeiten gemacht und hätte wohl kaum zum Erfolg geführt. Der Zwecktest war deshalb in diesem Falle angebracht.

Als E r g e b n i s kann hier festgehalten werden, daß der Zweck in seiner Funktion als Feststellungersatz nicht sehr häufig zur Anwendung kommt. Sein eigentliches Anwendungsgebiet liegt im Bereich der Kausalität. Hier dispensiert er von dem häufig schwierigen Urteil über hypothetische Kausalverläufe.

3. Kapitel

Der Zweck als Kausalitätersatz

A.

Das Kausalitätsurteil

I. Es ist an den Fall zu denken, daß eine wettbewerbslose, bzw. wettbewerbsbeschränkte Jetzt-Situation tatsächlich festgestellt ist und, daß eine Vereinbarung, die mit dem festgestellten Zustand in Zusammenhang gebracht werden kann, unstreitig vorliegt. Es gilt dann darzutun, daß eben diese Vereinbarung kausal für den wettbewerbslosen Zustand war oder ist.

Um dieses Urteil fällen zu können, muß zunächst geklärt werden wie die Jetzt-Situation ohne die zu beurteilende Vereinbarung aussähe; und diese Situation muß dann mit der tatsächlich festgestellten Situation verglichen werden ¹⁾. Der Europäische Gerichtshof ²⁾ hält eine solche Urteilsbildung ebenso für erforderlich wie die Kommission ³⁾. S t e i n - d o r f f hat das Erfordernis eines derartigen Kausalitätsurteils als "Theorie der konkreten Wettbewerbsbeschränkung" bezeichnet ⁴⁾.

Die S c h w i e r i g k e i t e n , die sich bei dieser Urteilsbildung ergeben, sind ähnlich denen, die im Zusammenhang mit dem Eignungsurteil ⁵⁾ dargestellt wurden. Hypothetische Urteile im Wirtschaftsrecht arten nur zu leicht in Spekulationen aus ⁶⁾; dabei sind die Schwierigkeiten in der Praxis unterschiedlich, je nachdem, ob die Kausalität zwischen einer Vereinbarung und einem T ä t i g - w e r d e n der Vertragsparteien oder einem U n - t e r l a s s e n aufgezeigt werden sollen. Die-

se Unterscheidung zwischen Tätigwerden und Unterlassen ist zwar fragwürdig, da es immer möglich ist, die eine Verhaltensform in die andere umzudeuten, mit einigem "guten Willen" lassen sich aber doch Unterschiede feststellen. So könnte man ein gemeinsames Preisverhalten z.B. als Tätigwerden charakterisieren, während eine gewillkürte Produktionsaufgabe oder Beschränkung als Unterlassen zu bezeichnen wäre. Zu beweisen, daß z.B. eine Produktionsbeschränkung (im Sinne einer verhinderten Produktionsaufnahme) auf eine getroffene Absprache zurückzuführen ist, wird dabei wesentlich mehr Schwierigkeiten machen als darzutun, daß ein gemeinsames Preisverhalten durch eine Absprache veranlaßt worden ist. Zwar ist die Struktur der zu fällenden hypothetischen Urteile gleich, durch das Tätigwerden tritt aber eine sichtbare Änderung eines früheren Zustandes ein, so daß zumindest eine Vermutung für die "Kausalität" spricht.

II. Wie die Schwierigkeiten des Kausalitätssurteils zu bewältigen sind, soll insbesondere für den Fall gezeigt werden, daß es gilt, die Beziehung zwischen einer bestehenden Vereinbarung und einem in einem Unterlassen bestehenden wettbewerbslosen Zustand zu klären.

1. Die EWG- K o m m i s s i o n versucht, die auftauchenden Probleme zu bewältigen, indem sie bemüht ist, die hypothetische Situation, wie sie ohne die Vereinbarung bestünde, zu klären. Diese Methode führt zu Spekulationen, die rationell nicht überprüfbar sind.

In der Entscheidung R i e c k e r m a n n ¹⁾
lag ein Alleinvertriebsvertrag zwischen AEG und
Rieckermann vor, außerdem wurde festgestellt,
daß Rieckermann für keinen Konkurrenten von AEG
den Vertrieb von näher bezeichneten Geräten über-
nahm. Die Kommission verneinte die Kausalität
zwischen diesen beiden Umständen mit folgenden Über-
legungen:

"Es erscheint wegen des technischen
komplizierten Charakters der Anlagen
und des hohen Wertes jeder Anlage zu-
dem fraglich, ob deren Hersteller
durch gemeinsame Ausfuhr überhaupt
eine Absatzförderung bei der Aus-
fuhr nach Japan erlangen können,
die derjenigen gleichwertig ist, die
Alleinvertriebshändler zu erbringen
in der Lage sind".

Diese Erwägungen erreichen kaum die Exaktheit, die
gefordert werden sollte, um Grundlage einer Ent-
scheidung zu sein. Ähnlichen Spekulationen gibt
sich die Kommission in der Entscheidung C h a u -
f o u r n i e r ²⁾ hin. Die Kalkbrennerei Chau-
fournier hatte sich vertraglich gegenüber ande-
ren Zementherstellern verpflichtet, keinen künst-
lichen Zement herzustellen. Auch hier galt es, die
Kausalität zwischen der Vereinbarung und der tat-
sächlich vorliegenden Produktionsbeschränkung nach-
zuweisen.

Nachdem die Kommission die wirtschaftlichen und tech-
nischen Erfordernisse für eine Zementherstellung

untersucht hatte, führt sie aus:

"auf Grund der vorgenannten wirtschaftlichen und technischen Verhältnisse muß man annehmen, daß es den Kalkbrennern heute praktisch unmöglich ist, künstlichen Zement herzustellen ¹⁾".

Die Verneinung der Kausalität veranlaßte die Kommission dann für die Vereinbarung ein Negativ-Attest zu erteilen. Richtiger wäre es wohl gewesen - wenn die Vereinbarung angeblich obsolet war - die Vereinbarung für nichtig zu erklären.

2. Zu befriedigenderen Ergebnissen gelangt man, wenn man anstatt des hypothetischen Kausalitätsurteils den Zweck der zu beurteilenden Vereinbarung ermittelt ²⁾. In dem C h i n i n - Fall haben sowohl die Kommission ³⁾ als auch der Gerichtshof ⁴⁾ diesen Weg erfolgreich beschritten.

B.

Der Zweck als Kausalität ersatz
am Beispiel st des Chinin-Falles.

Zwischen den bedeutenden europäischen Herstellern von Chinin und Chinidin bestand ein Exportkartellvertrag, der ihr Wettbewerbsverhalten auf den Märkten außerhalb der EWG regelte. Durch "gentlemen's agreements" wurde dann der EWG-Markt mit in die getroffene Regelung einbezogen. U.a. hatten sich die Unternehmen den Schutz ihrer Heimatmärkte zugesichert, die von den nicht im Inland ansässigen Her-

stellern entweder gar nicht oder nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen beliefert werden durften.

Da festgestellt werden konnte, daß wesentliche Importe tatsächlich unterblieben, trat die Frage in den Vordergrund, ob das Fehlen der Importe auch auf die Absprache zurückzuführen sei. Von den Unternehmen wurde die Kausalität mit Gründen verneint, die zum einen auf der wirtschaftlichen Situation bei Abschluß der agreements, zum anderen auf der späteren wirtschaftlichen Entwicklung beruhten.

I. Die Behauptung, daß objektive U m s t ä n d e bei A b s c h l u ß der agreements zu einer Kausalitätsverneinung führen müßten, spielt vornehmlich in der Kommissionsentscheidung eine Rolle. Die Unternehmen führten in diesem Zusammenhang aus ¹⁾:

"... daß diese, in dem gentlemen's agreements niedergelagten Bestimmungen gar nicht ursächlich für eine Beschränkung oder Unterlassung von Exporten in diese Staaten hätten gewesen sein können, Es habe sich nur um eine aus Kollegialität abgegebene Bestätigung eines historischen Zustandes gehandelt. Die französischen Unternehmen seien in Anbetracht ihrer Größe zu Exporten innerhalb des Gemeinsamen Marktes nicht in der Lage gewesen. Exporte nach Frank-

reich seien wegen der hohen Schutz-
zölle und Exporte in die Niederlande
wegen der niedrigen von Nedchem prak-
tizierten Inlandspreise unmöglich ge-
wesen, und der deutsche Markt sei tra-
ditionell den beiden deutschen Mit-
gliedern vorbehalten gewesen; export-
erschwerend wirkten sich ferner damals
wie heute die engen Bindungen der Ab-
nehmer zu den heimischen Produzenten aus".

Der Kommission war es unmöglich, nachzuweisen, daß
das Unterbleiben der Exporte tatsächlich einzig auf
die gentlemen's agreements zurückzuführen gewesen
war. Deshalb stellte sie richtigerweise auf den
Zweck der Vereinbarung ab ¹⁾.

"Die gentlemen's agreements bezweckten, den
deutschen, den französischen und den nieder-
ländischen Markt zu Gunsten der jeweiligen
nationalen Mitglieder zu beschützen.."

Als beweiserhebtlich empfand die Kommission in die-
sem Falle die Entstehungsgeschichte und die wirt-
schaftlichen Begleitumstände der agreements. Darü-
berhinaus wurde auf die Modalitäten der Marktabschir-
mung abgehoben.

II. Der Gerichtshof bestätigte die Feststellungen
der Kommission und hatte sich seinerseits mit dem
Einwand auseinanderzusetzen, daß die Kausalität je-
denfalls später auf Grund ^{der} w i r t s c h a f t l i -
c h e n E n t w i c k l u n g entfallen sei.

Die Unternehmen machten nämlich geltend ¹⁾,
"insbesondere wegen der Rohstoffknappheit sei
die Aufteilung der Heimatmärkte ... für den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt ohne jede Bedeutung gewesen". Der Gerichtshof erkannte diese wirtschaftlichen Gegebenheiten zwar an, führte dann aber aus:

"Im übrigen ist eine solche Lage nicht geeignet, ein Kartell zu rechtfertigen, das die Einschränkung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt bezweckt ...

Wenn dieses Kartell im Vergleich zu normalen Zeiten möglicherweise praktisch geringere Wirkungen auf den Wettbewerb und den internationalen Handel ausübte, nachdem der Rohstoffmangel erkennbar wurde, so ändert dies nichts daran, daß die Kartellmitglieder ihr Verhalten nicht beendet haben".

Aus diesen Ausführungen wird man kaum herauslesen können, daß der Gerichtshof meinte, eine Kausalität zwischen der zu beurteilenden Vereinbarung und dem wettbewerbslosen Zustand sei nicht nötig. Vielmehr wird deutlich, daß er einen festgestellten Zweck als Kausalität ersatz gemügen läßt, wobei zumindest in dieser Entscheidung der Zweck eine unwiderlegbare Vermutung für die Kausalität darstellt.

C.

Ergebnis

In seiner Funktion als Feststellungersatz kommt dem Zweck bei der Beurteilung durchgeführter Verträge

im Rahmen des Prüfungskriteriums "Bewirken" eine überragende Bedeutung zu. Der Zweck ermöglicht die Umgehung von unbefriedigenden Spekulationen im Rahmen hypothetischer Urteile. Die "Theorie der konkreten Wettbewerbsbeschränkung" ist zwar als dogmatisches Leitbild für das EWG-Kartellrecht aufrechtzuerhalten, sie wird aber dadurch in der Praxis erheblich modifiziert, daß die Rechtsanwendungsbehörde in schwierigeren Fällen regelmäßig den Zwecknachweis anstelle des Kausalitätsnachweises führen wird.

Z u s a m m e n f a s s e n d e

E r g e b n i s s e

I. Bedeutung und Funktion des Z w e c k s sind unterschiedlich, je nachdem, ob die zu beurteilende Absprache bereits durchgeführt ist oder nicht - ob es also die Vergangenheits- oder Zukunftsrelevanz zu beurteilen gilt.

1. Die Zukunftsrelevanz von Vereinbarungen ist einzig nach dem mit ihnen verfolgten Zweck zu beurteilen. Der Zweck ist hier "Eignungsmerkmal". Einmal ist ihm zu entnehmen, daß nur solche Umstände die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung dartun können, die einen Schluß auf den Wettbewerbsbeschränkungszweck zulassen. Zum anderen stellt der ermittelte Zweck ein selbständiges unwiderlegbares Eignungsindez dar. Zur Feststellung des Zwecks sind alle Umstände geeignet, die eine ausreichende "Nähe zur Ver-

einbarung" haben. Die Gegenstandstheorie ist kein taugliches Abgrenzungskriterium.

2. Bei der Bewertung von durchgeführten Verträgen, hat der Zweck beweisrechtliche Funktionen. Grundsätzlich muß die Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich festgestellt werden. Unter bestimmten Voraussetzungen ist aber eine Zweckprüfung erlaubt und erforderlich. Dies gilt insbesondere im Rahmen der Kausalitätsfeststellung, bei der typischerweise z.T. unüberwindbare Beweisschwierigkeiten auftauchen.

II. Aus dem Merkmal "B e w i r k e n" ist zu entnehmen, daß tatsächlich festgestellte Wettbewerbsbeschränkungen verboten sind, auch wenn sie nicht bezweckt sind. Das Merkmal deckt sich nicht mit dem Anwendungsbereich der sogenannten Folgetheorie; insbesondere ist ihm nicht zu entnehmen, daß Vereinbarungen bereits dann verboten sind, wenn sie geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Bei durchgeführten Verträgen ist die Wirkung zentrales Prüfungskriterium. Bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen sind nur dann verboten, wenn sie zurechenbar sind. Der Zurechnungsmaßstab entspricht dabei etwa dem deutschen zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff.

III. Die E i g n u n g ist kein selbständiges Prüfungskriterium. Als qualifizierte Eignung ist sie dem Zweckmerkmal zuzuordnen.

VI. Die Merkmale Zweck und Wirkung sind nicht gleich-

wertig. Sie betreffen entweder verschiedene Sachverhalte (durchgeführte, nicht durchgeführte Vereinbarungen) oder haben eine verschiedene Funktion (beweisrechtlich, materiell). Fragen der Prüfungsreihenfolge und des Prüfungswechsels tauchen nur auf, soweit es gilt, durchgeführte Vereinbarungen zu bewerten. Dabei gilt der Grundsatz der eingeschränkten Alternativität, so wie er für das US-Recht dargestellt wurde. Danach ist es nicht in das Belieben der Rechtsanwendungsbehörde gestellt, welches Kriterium im Einzelfall als Bewertungsmaßstab herangezogen wird.

VII. Der ⁿVereinbarungsbegriff ist weit zu fassen. Seine Grenzen bestimmen sich nach sachlich-inhaltlichen Zusammenhängen und Zurechenbarkeitsgesichtspunkten.

Fragen der Zurechenbarkeit von wettbewerbsbeschränkender Wirkung sind im Zusammenhang mit dem Vereinbarungsbegriff zu klären.

A n m e r k u n g e n

Zu Seite 1

1. R a i s c h , JZ 1965 S. 625; D a h m , Deutsches Recht 2. Auflage 1963, S. 14.
2. E s s e r , Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970 S. 14: "Gerechtigkeit im Sinne vernünftiger und sachlicheinsichtiger Einhaltung von Maßstäben, die ihrerseits vorausgesetzt werden, ist ein Attribut der Entscheidung".
3. R a i s c h a.a.O.: "Die gleichförmige Handhabung des Rechts wiederum setzt voraus, daß die Rechtsregeln eindeutig festgelegt sind".
4. Zum hier angeschnittenen Problem der Überschneidung von Tat- und Rechtsfrage vgl. L a r e n z , Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1969 S. 243 ff.
5. In weiterem Sinne kann auch noch die "Durchsetzbarkeit" als Attribut einer Entscheidung angesehen werden.

Zu Seite 2

1. Entscheidung vom 28.10.1970 (Julien/Katwijk) ABLEG 1970 Nr. L 242 S. 18; Entscheidung vom 23.12.1970 (Supexie ABLEG 1971 Nr. L 10 S. 12; Entscheidung vom 29.12.1970 (Keramische Wand- und Bodenfliesen) ABLEG 1971 Nr. L 10 S. 15.
2. Diese lange Verfahrensdauer hat bekanntlich den EuGH dazu veranlaßt, angemeldete Vereinbarungen bis zur Entscheidungsfällung für voll wirksam zu erklären. Urteil vom 9.7.1969 RS 10/69 (Portelange) EuGH Rspr. XV S. 309; Urteil vom 18.3.1970 RS 43/69 (Bilger/Jehle) EuGH Rspr. XVI S. 127. Wie in dem vierten Gesamtbericht der Europäischen Gemeinschaften zu lesen ist (S. 23), befaßt sich die Kommission jetzt mit neuangemeldeten Vereinbarungen vorrangig, um so den Entscheidungsprozeß zu

beschleunigen.

3. Gemäß dem dritten Gesamtbericht der Europäischen Gemeinschaften, wurden 1969 13 Entscheidungen, gemäß dem vierten Gesamtbericht S. 21 wurden 1970 15 Entscheidungen erlassen. Vom Verfasser wurden für das Jahr 1969 10, für das Jahr 1970 7 Entscheidungen gezählt. Diese Zahlen sind allerdings nur beschränkt aussagekräftig, da eine beträchtliche Anzahl von Verfahren ohne Entscheidung abgeschlossen wurde. So wichtig und angemessen es für eine Verwaltungsbehörde auch ist, in Verhandlungen mit den Unternehmen zu einer befriedigenden Lösung zu kommen, so sollte doch - allein schon aus Publizitätsgründen - die formelle Entscheidung nicht zu sehr in den Hintergrund treten. Für ein ausgewogenes Verhältnis von "Einstellungen" und Entscheidungen plädiert auch N a s s , EuR 70 S. 100, 123.
4. Vgl. dazu im einzelnen unten dritter Teil S. 82, Anm 4
5. Vgl. zur Qualifikation der Zwischenstaatlichkeitsklausel im einzelnen unten dritter Teil S. 96, Anm 1
6. Entscheidung vom 23.12.1970 (Supexie) ABLEG 1971 Nr. L 10 S. 12.
7. Vgl. dazu im einzelnen unten S. 75
8. EuGH Urteil vom 9.7.1969 RS 5/69 (Völk) EuGH Rspr. XV S. 295/302 "Eine Vereinbarung wird daher von der Verbotsvorschrift des Art. 85 nicht erfaßt, wenn sie den Markt mit Rücksicht auf die schwache Stellung der Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse nur geringfügig beeinträchtigt". Kommission, Bekanntmachung vom 27.5.1970 (sogenannte Bagatell-Bekanntmachung) ABLEG 1970 Nr. C 64 S. 1: "Vereinbarungen sind vielmehr nur

verboten, wenn sie spürbare Auswirkungen auf die Marktverhältnisse haben ...".

Zu Seite 3

1. Die Kommission formuliert den Rechtszustand allerdings anders: Sie bestimmt die Spürbarkeit rein quantitativ, räumt aber ein, daß auch qualitative Elemente zu berücksichtigen sind. Vgl. Bagatell-Bekanntmachung a.a.O.: "Die von der Kommission gegebene quantitative Definition der Spürbarkeit hat jedoch keine ausschließliche Bedeutung; vielmehr ist es im Einzelfall durchaus möglich, daß auch Vereinbarungen zwischen Unternehmern, die oberhalb der unten aufgeführten Stellen liegen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb u.U. nur geringfügig beeinträchtigen und deshalb nicht unter Art. 85 Abs. 1 fallen".
2. Dazu näher unten S.9
3. Die schärfste Kritik kam bisher von T.O. Moss in Le Monde vom 15.12.1970: "... la commission n'a pas fixé d'objectif valable à sa politique de concurrence. Elle ne s'est pas tenu à ce qu'elle s'était fixé. Non seulement elle s'est refusée à concevoir globalement une politique de la concurrence mais elle a délibérément limité au minimum les moyens d'intervention dont elle dispose; et plus on a parlé de compétitivité des entreprises, moins on a parlé de concurrence". Auch Steindorff BB 1969 S. 980, 981 rügt, daß die Kommission hinter ihren Pflichten zurückhinke.
4. Steindorff BB 1969 S. 981; Everling Festschrift für Ophüls S. 44; Markert, EuR 1970 S. 364; Holderbaum, EuR 1967 S. 116 ff.
5. Antwort vom 19.6.1970 auf die Anfrage Nr. 45/70 vom

17.4.1970 ABLEG 1970 Nr. C 86 S. 9 Nr. 7.

Zu Seite 4

1. EuGH Urteil vom 9.7.1969 RS 10/69 (Portelange)
EuGH Rspr. XV S. 309, 316.
2. Vgl. dazu S t e i n d o r f f , Zweckmäßigkeit
im Wettbewerbsrecht 1958 S. 26; und ausführlich
unten 3. Teil S. 114 u. S. 142
3. Insoweit ist die These des EuGH von der Einheit
von Art. 85 Abs. 1 und 3 (vgl. Urteil vom 9.7.1969
a.a.O. S. 316) nicht gerade hilfreich. Es wäre im
Gegenteil wünschenswert, diese beiden Absätze klar
gegeneinander abzugrenzen. So auch J a q u e m i n ,
CMLR V 7 S. 205, 224: "... the exemption pro-
vided by article 85 para 3 ... leads to the ne-
cessity to distinguish the antitrust policy of the
Common Market authorities from their general eco-
nomic policy, so that the first one could be limi-
ted to its specific roll".
4. E s s e r a.a.O. S. 14: "... daß ein Recht nicht
gefunden werden kann ohne eine entsprechende Wei-
sung, daß ein Wahrspruch nicht wahr ist ohne die
Kriterien, die seine Richtigkeit beurteilen lassen".
L a r e n z a.a.O. S. 264.
5. Dazu R i t t n e r WuW 1969 S. 66; R a i s c h
JZ 1965 S. 625, 630.
6. Ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit wird aller-
dings kaum zu vermeiden sein. Dazu S t e i n -
d o r f f RMC 68 Nr. 109 S. 290; J o l l i e t ,
The Rule of Reason in Antitrust Law, 1967 S. 10:
"One might wonder whether a certain amount of un-
certainty was not inherent in the nature of an
antitrust policy".

Zu Seite 5

1. F i k e n t s c h e r , Europees Kartelrecht S. 189:

"Im praktischen Ergebnis kommt viel auf die Beweislastverteilung an".

2. L e i p o l d , Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen 1966 S. 86; ^{haben} sie auch ihren Platz in einem Prozeß mit Untersuchungsgrundsatz haben. A n d r é , Beweisführung und Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1966, S. 173; L e i p o l d a.a.O. S. 4. G r u n s k y , Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielerfeld 1970 S. 366.
3. D i e d e r i c h s e n ZZP 81 (1968) S. 65:
Hier von ihrer Rechtsfortbildungsbefugnis Gebrauch zu machen, ist angesichts der immer undurchsichtiger werdenden technischen Vorgänge, aus denen laufend neue Rechtsstreitigkeiten entstehen, eine der Hauptaufgaben der Revisionsgerichte". Zum Problem der Rechtsfortbildung vgl. auch L a r e n z a.a.O. S. 346; E s s e r a.a.O. S. 15.
4. Dazu im einzelnen unten, ~~fest~~ wird von einem wettbewerbsbeschränkenden Z w e c k geschlossen auf die Eignung einer Vereinbarung zur Wettbewerbsbeschränkung (§.114) oder auf die Kausalität zwischen einer Vereinbarung und einer festgestellten Wettbewerbsbeschränkung (§.145).
5. Ob der Anscheinsbeweis eine Beweisregel oder eine Beweislastregel ist, ist strittig. Die ganz herrschende Lehre sieht ihn als Beweisregel an: So H a i n m ü l l e r , Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, 1966 S. 80; B l o m e y e r , Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Band I Teil 2 A, S. 24/25. Für Beweislastregel D i e d e r i c h s e n a.a.O. S. 69.

6. So wohl richtig P r ö l s s , Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966, S. 13; K o h l h o s s e r AcP 167 (1967) S. 455: "Was somit über § 286 ZPO schon Gesetzesinhalt ist, bedarf nicht der Transformation ins positive Recht durch Rechtsfortbildung". B l o m e y e r a.a.O. S. 27. Nach anderer Ansicht sind die Erfahrungsgrundsätze Rechtsnormen, die durch Richterrecht geschaffen werden. So vor allen Dingen H a i n m ü l l e r a.a.O. S. 61/62.

Zu Seite 6

1. H i n t z e WuW 1970 S. 579.
2. Zu dem Verhältnis von Auslegung und Konkretisierung vgl. L a r e n z a.a.O. S. 266 Anmerkung 1: Die "Konkretisierung" ist gleichsam die Fortsetzung der Auslegung in der Richtung auf den "konkreten" Fall, die "Auslegung" wiederum bedarf der beispielhaften Verdeutlichung am "typischen" Fall.
3. WuW 1969 S. 70
4. So z.B. Entscheidung vom 6.11.1968 (R i e c k e r - m a n n) ABLEG 1968 Nr. L 276 S. 25. Diese Entscheidung bildete die Grundlage zur Bewertung von 1026 ähnlich gelagerten Vereinbarungen (Vgl. dritter Gesamtbericht der Europäischen Gemeinschaften S. 61.) Auch die Entscheidung vom 13.3. 1969 (EWA) ABLEG 1969 Nr. 69 S. 13 hatte Präzedenzcharakter. (Vgl. dritter Gesamtbericht der Europäischen Gemeinschaften S. 66.)
5. Aus den gleichen Gründen bleibt auch ein gewisses Unbehagen hinsichtlich der Gruppenfreistellungsverordnungen zurück, obwohl es sicher sinnvoll ist, nach sorgfältiger Überlegung derartige Verordnungen zu erlassen. Vgl. VO 67/67 vom

22.3.1967 (für Alleinvertriebsverträge) ABLEG 1967 S. 849 und Entwurf einer VO für Vereinbarungen, die die gemeinsame Entwicklung und Forschung betreffen vom 29.5.1970 ABLEG 1970 Nr. 6 92 S. 14. Die Arbeitnehmergruppe des Wirtschafts- und Sozialausschusses hat gegen diesen Entwurf Einspruch erhoben (DB 71 S. 519).

zusammenfassend

1. In diesem Sinne auch R a i s c h JZ 1965 S. 631.
2. So ist die Forderung nach einer Detail-Definition zu erklären. Vgl. van D a m m e Cah. dr. eur. 1970 S. 72; auch S c h l u e p , Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG - Kartellpolitik, Bern 1966 S. 48; verlangt in ähnlichem Sinne die Bildung einer Verhaltensnorm.
3. Dazu B a u r ZHR Band 134 (1970) S. 97, 99: "Er, (d.h. der Wettbewerbsbegriff) müßte praktikabel sein, d.h. die Feststellung ermöglichen, wann eine tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt". K n ö p f l e , Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966 S. 137.
4. So überzeugend B a u r a.a.O. S. 140 und passim; außerdem würde vermieden, daß über einen detaillierten Wettbewerbsbegriff Wertungen in das Gesetz hineingetragen würden, die zu Folgerungen verleiten, die mit dem Gesetzesinhalt nicht in Einklang stehen. In diesem Sinne gegen eine "Wissenschaftsideologie" S t e i n d o r f f BB 1970 S. 1824.
5. So C e r e x h e in Les Nouvelles Nr. 2027; J o l l i e t , Cah. dr. eur. 1969 S. 133; L u k e s in Festschrift für Böhm S. 223. Die K o m m i s s i o n knüpft immer an die Freiheiten der verschiedenen Marktteilnehmer an; vgl. z.B. Entscheidung vom 29.12.70 (keramische Wand- und Bodenfliesen) ABLEG

1971 Nr. I 10, S. 15, 18: "Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit fast aller deutschen Hersteller keramischer Fliesen wird eingeschränkt".

Zu Seite 8

1. Die Freiheitsräume könnten etwa nach folgenden Gesichtspunkten eingeteilt werden:
 1. Unternehmens- und Käuferfreiheit. Das ist die Gesamtheit der wirtschaftlichen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit, die einem Marktbeteiligten zusteht und ihn zu wettbewerbsrelevantem Handeln befähigt.
 2. Marktfreiheit. Das ist die Gesamtheit der auf dem Markt bestehenden Käufer- und Unternehmensfreiheiten.
 3. Einzelfreiheit. Das ist die wirtschaftliche Handlungs- und Entscheidungsfreiheit, die zu einzelnen wettbewerbsrelevanten Handlungen befähigt.
 4. Gesamtfreiheit. Das ist die Summe von Einzelfreiheiten, deren Zusammenhang nicht nur durch den gleichen Träger (persönlicher Zusammenhang) der Freiheiten, sondern sachlich und wertungsmäßig begründet ist.
2. Diese Fragen werden z.B. verdunkelt von K n ö p f l e a.a.O. S. 222. Auch er knüpft im Grunde genommen an die Freiheiten der Marktteilnehmer an, obwohl er eine solche Anknüpfung ausdrücklich ablehnt. Unter Wettbewerb versteht er "die wirtschaftlichen Erfordernisse (Positive Anforderungen und Schranken), Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfrager) auf andere ausweichen können".
3. a.a.O. S. 140 und passim

- 1 -

Diese Definition besagt nichts anderes, als daß die Freiheitsräume dann nicht relevant eingeschränkt sind, wenn die Marktbeteiligten noch "Risiken und Chancen" haben. Wann diese Risiken und Chancen bestehen, bleibt völlig offen; die Frage nach der relevanten Beschränkung muß hier erst gestellt werden.

4. V o n d e r G r o e b e n in Les Nouvelles Nr. 1979; S c h l i e d e r RMC 1968 Nr. 109 S. 217; B e l k e ZHR Band 130 (1968) S. 239; K o c h AWD 1968 S. 188. Zu Seite 9
1. S c h e u f e l e AWD 1969 S. 175; J a c q u e - m i n CMLR 1970 V 7 S. 225.
2. U l m e r AWD 1970 S. 194; F i k e n t s e n e r , Europees Kartelrecht a.a.O. S. 198.
3. H o p p m a n n , Zum Schutzgut des GWB im Wettbewerbs als Aufgabe, S. 81; v o n d e r G r o e b e n in Les Nouvelles Nr. 1977; J o l i e t , Cah. dr. eur. 1969 S. 133; U l m e r , Juristische Analysen a.a.O. S. 29.
4. Vgl. dazu oben S.2
5. Der BGH, Urteil v. 29.10.70 (Blitzgeräte) WuW BGH 1168, gewinnt das Erfordernis der Spürbarkeit aus dem Begriff "Handelsbeeinträchtigung". Folgerichtig sieht er dann einen Unterschied zu dem Spürbarkeitserfordernis des § 1 GWB, das er aus dem Begriff "Marktbeeinflussung" ableitet. Von dem Begriff "Wettbewerbsbeschränkung", um den es im Grunde genommen geht, ist bei all diesen Konstruktionen überhaupt nicht mehr die Rede.
6. So auch J a c q u e m i n a.a.O. S. 223. Daß sich die Kommission den Test nach Abs. 3 zu leicht macht, wird ^{betont} von S t e i n d o r f f RMC

1968 Nr. 109 S. 190: "Bei den genehmigten Vertriebsbindungen zeigt nichts, daß die Kommission die Pflicht zum Nachweis solcher Erfordernisse (d.h. der in Abs. 3 aufgestellten) sehr ernst genommen hätte .

Die Kommission hat offenbar die Voraussetzung des Art. 85 Abs. 3 leicht bejaht, weil sie die Bindungen für wenig gefährlich hielt. Im Sinne korrekter und gewissenhafter Rechtsanwendung hätte sie besser daran getan, in derartigen Fällen schon das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen, um gar nicht erst in die Lage zu kommen, Art. 85 Abs. 3 ohne gründliche Prüfung anzuwenden".

Zu Seite 10

1. C h a m p a u d Rev. tr. dr. eur. 1969 S. 756;
J o l i e t Cah. dr. eur. 1969 S. 148; S t e i n -
d o r f f CMLR 1970 V 7 S. 85.
2. Die Bedenken von B a u r a.a.O. S. 128, daß auf diese Weise eine größere Anzahl von Wettbewerbsrelevanten Vereinbarungen nicht mehr angemeldet zu werden brauchten und so die vom Gesetz gewünschte Publizität in einem nicht gewünschten Ausmaße eingeschränkt werde, sind erheblich. Sie müssen aber - insbesondere auf Grund der bisher gewonnenen Erfahrungen - hinter dem Erfordernis der Stärkung einer Wettbewerbsbetrachtung zurückstehen.

Anmerkungen

Zu Seite 11

1. Gesetz vom 2. Juli 1890, 15 USC §§ 1-7.
2. Gesetz vom Oktober 1914, 15 USC §§ 12-27.
3. Gesetz vom 26. September 1914, 15 USC §§ 41-58.
4. Der hier entscheidende Teil des Gesetzes lautet:
"Unfair methods of competition in commerce, and unfair or deceptive acts or practices in commerce, are hereby declared unlawful".
5. FTC v. Brown Shoe 384 US 316, 321 (1966); 16 Led 2 d 587, 591. FTC v. Motion Picture Advertising Co. 344 US 392, 394-95 (1953); 97 Led 436, 437: To condemn as "unfair methods of competition" existing violations of them (i.e. Sherman Act, Clayton Act).
6. Appalachian Coal, Inc., v. US 288 US 344, 359 - 60 (1933); 77 Led 825, 829: "As a charter of freedom, the act has a generality and adaptability comparable to that found to be desirable in constitutional provisions".
7. Neale, Antitrust Laws of the USA 2d edition 1970, 18, 19: "... 'restraint of trade' is a legal term of art ...; ... the whole body of case law constitutes the definition of 'restraint of trade' ..."

Zu Seite 12

1. Standard Oil Co. of New Jersey v. US 221 US 1, 52 (1911); 55 Led 619, 645. Northern Pacific Railway Co. v. US 356 US 1, 4 (1958); 2 Led 2 d 545, 549: "The Sherman Act was designed to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade."
2. Northern Pacific Railway Co. a.a.O.
3. US v. American Tobacco Co. 221 US 106, 179 (1911); 55 Led 663, 694: "... by unduly restricting competition or unduly obstructing the due course of trade."
4. Report of the Attorney General's National Committee to study the Antitrust Laws, 1955, 11: (zit.: Report) "... discretion in interpreting the word 'every' in

Section 1."

5. So wohl auch S c h l u e p, Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrust-Rechts und das schweizerische Kartellgesetz, WUR 66, 36-73, 40: "Die Rule of Reason bestimmt somit den sachlichen Anwendungsbereich des Verbots. Sie ist nicht Rechtfertigungsgrund."
6. Standard Oil a.a.O. US 1, 60; 55 Led 619, 645:
"... that the Standard of Reason which had been applied at the Common Law was intended to be the measure (of what is undue)."
7. Sehr klar hat dies Justice Stone ausgedrückt: In Trenton Potteries 273 US 392, 397 (1927); 71 Led 700, 705; "Reasonableness is not a concept of definite and unchanging content. Its meaning necessarily varies in the different fields of the law, because it is used as a convenient summary of the dominant considerations which control in the application of legal doctrines. Our view of what is a reasonable restraint of commerce is controlled by the recognized purpose of the Sherman Act itself."
8. So Schluep a.a.O. S. 62: "... daß die Rule of Reason nicht nur materielles Sonderungsprinzip, sondern namentlich auch ein Grundsatz des Beweisrechts sind. A.A. ist dagegen Loevinger, Die Rule of Reason im Amerikanischen Antitrust-Recht, WuW 64, 588, 590:
"... nicht materieller Maßstab sondern Verfahrenstechnik, nach menschlicher Intelligenz oder Vernunft festzustellen, ob Verhaltensweise, Wettbewerb beschränkt"; auch Montague 12 ABA Antitrust Section 69, 104 (1958).
9. Steindorff, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, S. 45, Report S. 11; Handler, Antitrust in Perspective 1957, 27, Joliet, The Rule of Reason in Antitrust Law 1967, 61; Loevinger a.a.O. S. 597. Neale a.a.O. S. 435:
"But the rule of reason ... does not require any economic analysis... The situation is simply another reflection of the primacy of the political over the economic motivation of antitrust ..."

10. Joliet a.a.O. S. 50: "The test of injury to the public clearly implied, that only such contractual limitation and individual freedom of action which placed an excessive burden on the competitive process where to be considered unreasonable."

Zu Seite 13

1. Oppenheim 50 Michigan Law Review 1159, 1187 (1952).
2. 21 University of Chicago Law Review 527, 617 (1954).
3. Stocking a.a.O.: "... how much restriction and competition leaves it workable? I don't know. Nor do the other economists ..."
4. American Tobacco 221 US 106, 179 (1911); 55 Led 663, 694: "... either because of the inherent nature or effect or because of the evident purpose of the acts ..."
5. Low, Modern Economic Organisation 1970, 328.

Zu Seite 14

1. Das wurde bereits oben abgeleant S. 12
2. 74 Yale Law Journal 775, 850 (1965).
3. Das ist jedenfalls die Ansicht von Bork a.a.O. S. 833.
4. So z.B. Blake-Pitofsky, Cases and Materials on Antitrust Law 1967, 490: "The answer lies in our concern for efficient administration of the law."
5. Low a.a.O. S. 542-543 hat z.B. folgende Typen entwickelt: Ancillary Rule of Reason, Impact Rule of Reason, Balancing Rule of Reason; vgl. auch Bork a.a.O. S. 830 ff: Rule of Reason der "main tradition" und der "Brandeis-Tradition".

Zu Seite 15

1. Wiley 1, University of Chicago Law Review 837, 868 (1952): "... but it should be remembered that a per se rule is designed essentially to reduce the evidential burden in antitrust prosecutions. Not to enlarge the purview of substantive law;" auch Joliet a.a.O. S. 64.
2. Northern Pacific v. U. 356 US 1, 5 (1958); 2 Led 2d 545, 549.
3. US v. Container Corporation of America 393 US 333,

341; 21 Led 2d 526, 532.

4. Kaysen-Turner, Antitrust Policy, 1959, S. 143.
5. 1. Report of the Special Subcommittee of the Sherman Act Committee (Antitrust Section of ABA) 38 ABA L.J. 731, 784 (1969): " ... it is not correct to say that there is one unitary per se rule as such. Instead, per se may be used by the courts as shorthand description of a wider variety of substantial rules."
2. Die wichtigsten Typen sind: price fixing rule, group boycott rule, tying arrangements, market sharing.
6. Aus diesem Verständnis ist die Kritik zu erklären, die an den per se rules geübt wird: es sei ein Gebot der Gerechtigkeit (full day in court), die per se rules in widerlegbare Vermutungen umzuwandeln. So Oppenheim 50, Michigan Law Review 1139, 1158 (1952); Handler 38 ABA LJ 573, 592 (1969).

Zu Seite 16

1. van Cise, Understanding the Antitrust Laws, 1966, S. 126.
2. Montague 12 ABA Antitrust Section 69, 104 (1958).
3. So sagt denn auch Joliet, daß es sich bei der Abgrenzung lediglich um einen Gradunterschied handle, a.a.O. S. 65.
4. So Bork 75 Yale Law Journal 375, 384 (1965).
5. So Blake-Pitofsky a.a.O. S. 492: "... per se offense would be one where only the existence of certain behaviour would need to be proved with considerations of power, purpose and effect being wholly irrelevant."
6. Es finden sich verschiedene Bezeichnungen: purpose, intent, intention, motive.
a.a.O. S. 437: "... what is clear and unmistakable in a per se offense is not its economic effect but its restrictive intent."

Zu Seite 17

1. Man könnte als Effekt auch erst ein bereits als wettbewerbschädlich bewertetes marktrelevantes Verhalten

bezeichnen; in den Entscheidungen werden diese Begriffe aber nicht einheitlich gebraucht.

2. Vergleiche die Beispielsfälle bei Dirlam-Kahn, Fair Competition: The law and economics of antitrust policy, 1954 S. 51.
3. Dazu ausführlich unten S. 22ff

Zu Seite 18

1. a.a.O. S. 437: "... but where the intent is clear ... then no evidence of effect is needed. Sometimes evidence of effect must be considered in order to throw light on intent."
2. Insbesondere dann, wenn man vom Effekt unwiderlegbar auf den Zweck schließt; so versteht Neale a.a.O. den Satz: "He who wills the means, wills the end."
3. So z.B. Dirlam-Kahn a.a.O. S. 52-53 für den Zweck im Rahmen der conspiracy: "... its (conspiracy) content is a description of what the defendants were doing." Schluep (JGA 66, 59) meint: "Allein Neale übersieht, daß dieser Beweis die wettbewerbsbeschränkende Folge voraussetzt."
4. 75 Yale Law Journal 375, 383 (1965): "In a large sense there is only one test - the effect of the agreement. The others (per se, intent) are shortcuts to finding or inferring effect. Blake-Ritolsky a.a.O. S. 492: "... of primary importance are the ultimate effects of a conduct, for a major objective of antitrust is to protect the public from certain effects which tend to disrupt the workings of competition." US v. Container Corporation of America 393 US 333 (1969) S. 346: in diesem Fall, der unten näher besprochen wird, wird der Zweck nicht einmal erwähnt. Justice Fortas behauptet dann auch in seiner concurring opinion S. 331: "Absent per se violation proof is essential that the practice resulted in an unreasonable restraint of trade ...".
5. Immerhin sei angemerkt, daß der Wortlaut des Sherman Act "in restraint of trade" eher dafür spricht, daß ein "Effekt" festgestellt werden muß. Es wird Aufgabe

der folgenden Untersuchung sein, herauszustellen, welche Bedeutung den beiden Merkmalen im Einzelfall zukommt und ob sich hieraus gewisse Regeln ableiten lassen.

6. American Column and Lumber Co. v. US 257 US 377 (1921); 66 Led 284.

Zu Seite 19

1. a.a.O. US 392 Led 288.
2. Mit dem Austausch einzelner Informationen hatte sich der Supreme Court schon öfter zu befassen; z.B. in Eastern States Retail Lumber Dealers' Association 234 US 600 (1914); 58 Led 1490: hier informierten sich Zwischenhändler gegenseitig über diejenigen Großhändler, die direkt an Letztverbraucher verkauften. Diese Großhändler wurden boykottiert (im einzelnen vergleiche zu dieser Entscheidung unten S. 32). Diese Entscheidung unterscheidet sich von den im allgemeinen zur "exchange of information" gezählten Fällen vor allen Dingen dadurch, daß sie nicht in so großer Nähe zum price-fixing steht.
3. a.a.O. US 396 Led 289.
4. Zwar wurde auch der Effekt bejaht (a.a.O. US 407, Led 294), aber das war wohl mehr ein Zusatzargument.

Zu Seite 20

1. a.a.O. US 392, Led 288.
2. Vergleiche dazu Oppenheim-Weston, Federal Antitrust Laws - Cases and Comments, 1968, 3. Auflage S. 141, 143.
3. Maple Flooring Manufacturers Association v. US 268 US 563, 583 (1925); 69 Led 1093, 1102.
4. Ähnlich auch in Sugar Institute, Inc. v. US 297 US 556, 599 (1936); 80 Led 859, 876: "... and, while the collection and dissemination of trade statistics are in themselves permissible ..."
5. Lyon-Bisson, The Economics of Open Price Systems, 1936, 74.
6. a.a.O. 143.
7. Ähnlich auch Report S. 17; auch Stocking a.a.O. S. 542.

8. a.a.O. S. 29: "There is no basic inconsistency between the ideal of competition ... and the kind of cooperation among business men that is made possible by trade association."
9. US v. Container Corporation of America 393 US 333 (1969); 21 Led 526.

Zu Seite 21

1. Vgl. dazu im einzelnen unten S.56
2. The New Competition 1912, S. 26.
3. Vergleiche oben S.
4. FTC v. Salt Producers' Association 134 F 2d 354 (1943). (Industry S.253)
5. Nachweis bei Wilson, Competition and Monopoly in America.
6. Dazu Kaysen-Turner a.a.O. 149-51: "Can the legitimate price recording system be distinguished in any simple way from the one which operates as a price fixing scheme? ... the major cases suggest that so far the courts have been unable to find a formula."
7. Stocking a.a.O. S. 551 bemerkt hierzu: "By their fruits we shall know them" may be a good botanical guide but the fruits of economic arrangements are not always so readily indentifiable. It may help, therefore, to see what was planted."

Zu Seite 22

1. Cement Manufacturers' Protective Association v. US 268 US 588 (1925); 69 Led 1104.
2. Maple Flooring Manufacturers Association v. US 268 US 563 (1925); 69 Led 1093.
3. a.a.O. US 591 Led 1106; " ... its (i.e. association) purposes were ... to protect each manufacturer against misrepresentation, deception and imposition ..."

Zu Seite 23

1. Dieses Argument wird besonders für die Information über Zahlungsverzug a.a.O. US 599 Led 1109 und für die Diskussion bei den "meetings" a.a.O. US 602 Led 1110 gebraucht. Außerdem wird es dann noch pauschal für alle Aktivitäten verwendet a.a.O. US 603 Led 1111.
2. Agreement meint hier dasselbe wie "conspiracy" a.a.O.

- US 602, Led 1110; "the two essential elements in the conspiracy ... are; im einzelnen dazu unten S. 54
1. a.a.O. US 599, Led 1109.
4. Eastern States Retail Lumber Dealers' Association v. US 234 US 600, 612 (1914); 58 Led 1490, 1499: "... the conspiracy ... of such action may be readily inferred." American Column and Lumber Co. v. US 257 US 377, 399 (1921); 66 Led 284, 290: "... the only element lacking in this scheme ... is a definite agreement as to production and prices. US v. Container Corp. of America 393 US 333, 344 (1969); 21 Led 2d 526, 534 (dissenting opinion): "I do not believe that the desire of a few industry witnesses to use the information to minimize price cuts supports the conclusion that such an agreement was implicit."
5. Neale a.a.O. S. 40; Oppenheim a.a.O. S. 179; Lamb-Kittelle, Trade Association Law and Practice, 1956, 24 - 25.
6. Eastern States Retail Lumber Dealers' Association v. US 234 US 600, 612 (1914); 58 Led 1490, 1499: "It is elementary, however, that conspiracies are seldom capable of proof by direct testimony, and may be inferred from the things actually done."
7. Oppenheim, Case Book S. 179: "The real controversy is ... what is relevant and reliable circumstantial evidence of probative value in establishing the fact of agreement."

Zu Seite 24

1. Das resultiert daraus, daß die Gerichte und auch die Federal Trade Commission ein sehr breites Ermessen haben in der Bewertung und Annahme von Beweisen.
2. Interstate Circuit, Inc. v. US 306 US 208, 226 (1939); 83 Led 610, 620.
3. Interstate Circuit a.a.O. US 221; Led 617.
4. Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corporation 346 US 537, 541 (1954); 98 Led 273, 279.
5. Handler, 3 ABA Antitrust Section Rep. 38, 41 (1953):

"It is not the type of evidence but rather the ultimate fact to be proved which is of crucial importance. The ultimate fact has repeatedly been said to be an agreement among the parties to the conspiracy - an agreement either to achieve an unlawful object or a lawful object by unlawful means..." Die Ansicht Handlers gibt zutreffend den tatsächlichen Rechtszustand wieder, wird aber der dogmatischen Funktion der conspiracy als Ersatzstatut für die Kombination und Contract nicht gerecht.

Die Rechtsprechung hingegen betrachtet conspiracy weiter als rather "statutory device for contract law." US v. American Cotton and Linseed Oil, 159 Fed 147, (1920): "... since a combination or conspiracy consists only of mere meeting of the minds of two or more persons to accomplish a common purpose... conspiracy is not punishable unless unlawful."

95 Fed 111.

Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Pictures Distributing Corp., 346 US 381 (1954); 35 Fed 272 (2d Cir. 1958); Mount Pictures 234 (3d Cir. 1948); 35 Fed 110 (1st Cir. 1958).

20s: 83 Fed 610; dieser Fall wird im folgenden dargestellt.

100 Fed 146.

1. Dem Sinne nach ebenso Handler, 35, L.B., 104, S. 591: "I should think the trial court was in error in requiring the Government to prove a supplemental agreement to use the exchanged information for the purpose and with the effect of stabilizing prices. A compact to exchange price information plainly should be unlawful without more if its purpose or effect was to stabilize prices."

2. So. z.B. US v. American Linseed Oil Co. 262 US 371, 389 (1923); 67 Fed 1035, 1041: "If, looking at the entire contract by which they are bound together in the light of what has been done under it ..."; auch Sugar Institute, Inc. v. US 297 US 553, 586 (1936);

80 Led 859, 870: "The "basic Agreement" cannot be divorced from the steps taken to make it effective..."

Zu Seite 27

Vergleiche oben S. 18

Cement Manufacturers Protective Association v. US
268 US 588, 605 (1925); 69 Led 1104, 1111. Vgl. dazu
oben S 22

1. a.a.O. "It is conceded that there is a substantial uniformity of price of cement."

Dabei hilft ihm neben "distinguished economists" (a.a.O. US 605; Led 1112) auch die Regierung, die zugestand, das "undoubtedly the price of cement would approach uniformity in a normal market in the absence of all combinations between the manufacturers."

Es gal, ob man von der Äquivalenz - oder Ädaquanz-Theorie ausgeht. Im folgenden wird aber Kausalität immer nur im Sinne der Äquivalenztheorie verstanden.

2. US 604; Led 1111.

Das wird ganz deutlich in Maple Flooring Manufacturers Association v. US 268 US 563, 584 (1925); 69 Led 1093, 1103: "... persons who unite in gathering and disseminating information ... are not engaged in unlawful conspiracy in restraint of trade merely because the ultimate result of their efforts may be stabilized prices or limited production..."

Diese Ausführungen sind auch auf die Entscheidung im Zement-Fall anzuwenden (a.a.O. US 606; Led 1112).

3. Das wird im folgenden unter 2. näher ausgeführt.

Zu Seite 28

1. So z.B. American Column and Lumber Co. v. US 257 US 371, 409 (1921); 66 Led 284, 294: "... that the united action of this large and influential membership of dealers contributed greatly to this extraordinary price increase."

2. 262 US 371 (1923); 67 Led 1035.

3. So auch die Entscheidung des Untergerichts 275 Fed 939, 942 (1921): "... the government must show that what the defendants did necessarily had the result

of restraining trade ..."

4. Vgl. S.

5. a.a.O. US 380; Led 1037: genaue Zahlen werden nicht genannt.

Zu Seite 29

1. a.a.O. US 386; Led 1040: "... members were put on the carpet and subjected to searching inquiry concerning their transactions."

2. a.a.O.

3. Vgl. Anmerkung 6.S.18

4. Die Entscheidung in American Column and Lumber wird folgendermaßen interpretiert (a.a.O. US 388; Led 1040: "... (the Supreme Court) held it (i.e. combination) within the inhibition of the Sherman Act because of inevitably tendency to destroy real competition as long understood and thereby restraining trade."

5. a.a.O. US 585; Led 1103.

6. Vgl. Anmerkung 1.S.38

7. a.a.O. US 388; Led 1040.

8. a.a.O. US 390; Led 1041

Zu Seite 30

1. Welches Verhalten das ist, schildert Justice McKeynolds in Linseed Oil a.a.O. US 388; Led 1040 sehr anschaulich: "... substitute 'intelligent competition', or 'open competition'; to eliminate 'unintelligent selfishness' and establish '100 per cent confidence', - all to the end that the members might 'stand out from the crowd as substantial co-workers under modern co-operative business methods'."

2. Dazu unter B S.31

3. 257 US 377; 66 Led 284.

4. a.a.O. US 392; Led 288: "... (die meisten Beweise bezogen sich) chiefly to the point that the confessedly great increases of prices during 1919 were due to natural trade and weather conditions, and not to the influence of the 'plan'."

5. a.a.O. US 409; Led 294: "... weather and labour conditions had made production difficult." Das ist übrige

gens ein gutes Beispiel dafür, wie Sachzwangsexkulationen zu Mißbrauch verleiten: einige Zeilen später gibt Brandeis nämlich zu, daß die Produktionsbeschränkung auf den Informationsaustausch zurückzuführen sei und versucht dann, diese Tatsache zu rechtfertigen; a.a.O. US 417 ff; Led 298.

6. a.a.O. US 404; Led 292.

7. a.a.O. US 392; Led 288.

Zu Seite 31

1. Sehr klar zeigt Stocking auf, worum es geht, 21 University of Chicago Law Review 572, 543 (1954): "The economic standard for judging the propriety of the cooperative interchange of market data by trade rivals in a free enterprise economy should be: is it designed to promote informed but independent decisions by trade rivals and by their customers in order that they may adjust their operations more intelligently to the vagaries of the market, or is it designed to achieve a common judgement among business rivals ..."
2. Morton Salt Co. v. US 235 Fed 2d 573 (1956). Vgl. zum Sachverhalt auch unten S. 60
3. a.a.O. Fed 574: Das ist das Gebiet zwischen Colorado im Osten und Nevada, Oregon und Washington im Westen.
4. a.a.O. 579
5. a.a.O. Fed 575.
6. a.a.O. Fed 576.
7. Seit dem Container-Fall (393 US 363 (1969); 21 Led 2d 526) können nun diese "objektiven Sachzwänge" nicht mehr als "Rechtfertigung" gelten, sondern werden den Parteien angelastet.
8. a.a.O. Fed 576: "... by operation of the laws of economic behaviour the tendency is to highly uniform prices ..."
9. Zu diesem Beweis ausführlich unten S. 44
10. Cement Manufacturers Productive Association v. US 268 US 588 (1925); 69 Led 1104.

Zu Seite 32

1. US 605; Led 1111.
2. a.a.O. US 605; Led 1111: "... but the government does not rely on any agreement or understanding for price maintenance."
3. 234 US 600 (1914); 58 Led 1490.
4. Informationsaustausch wird der Rubrik "price fixing" zugerechnet; vgl. Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 1955, 17; Eastern States Retail Lumber Dealers' Ass. aber wird der Rubrik "Boykott" zugerechnet: vgl. Neale S. 71; Report S. 133.
5. a.a.O. US 612; Led 1499.

Zu Seite 33

1. So wird z.B. Cement Protective Ass. (268 US 588 (1925); 69 Led 1104) zu den Fällen des Informationsaustausches gerechnet, obwohl hier ebenfalls ein Gruppenboykott vorlag (a.a.O. US 603; Led 1110). Justice Stone erwähnt Lumber Dealers im Zusammenhang mit Informationsaustausch in Maple Flooring (268 US 563 (1925); 69 Led 1093).
2. a.a.O. US 608; Led 1498.
3. a.a.O. US 608; Led 1497-98. Dieses Zweckverbot hat noch nichts zu tun mit dem später für group boycott-Fälle entwickelten per se Verbot. Das per se Verbot besteht frühestens seit Fashion Originator's Guild (312 US 457 (1941); 85 Led 949); nach Joliet, The Rule of Reason in Antitrust Law 1967, 52 besteht es erst seit Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc. (359 US 207 (1959); 3 Led 2d 741).
4. a.a.O. US 609; Led 1498: "...the circulation of such information among the hundreds of retailers ... had and was intended to have the natural effect of causing such retailers to withhold their patronage from the concern listed."
5. a.a.O. US 609; Led 1498.

Zu Seite 34

1. Sugar Institute, Inc. v. US 297 US 553 (1936); 80 Led 859.

2. Aus dem Urteil geht nicht ganz klar hervor, ob das Institute 1927 oder 1928 gegründet wurde.
3. Außerdem hatten sich die Raffinerien noch in zahlreichen Punkten in ihrem Verhalten gegenüber den Vertriebsorganisationen abgestimmt; dazu im einzelnen weiter unten; hier können diese Abreden zunächst einmal vernachlässigt werden.
4. a.a.O. US 593; Led 873.

Zu Seite 35

1. a.a.O. US 577; Led 865.
2. a.a.O. US 599; Led 876: "... in themselves permissible".
3. a.a.O. US 588 (1925); 69 Led 1104.
4. a.a.O. US 603-604; Led 1109.
5. S. 12
6. Poller v. Columbia Broadcasting System 368 US 464, 473 (1962); 7 Led 2d 458, 464: "... in complex anti-trust litigation where motive and intent play leading rolls." Ebenso Norfolk Monument Corp., Inc. v. Woodlawn Memorial Gardens, Inc. 394 US 700, 706 (1969); 22 Led 2d 658, 662.
7. Appalachian Coals, Inc. v. US 288 US 344, 372 (1933); 77 Led 825, 836: "... knowledge of actual intent is an aid in the interpretation of facts."

Zu Seite 36

1. In dieser Fallgruppe werden alle diejenigen Fälle erfaßt, in denen sich die Beurteilung entweder ausschließlich auf den Zweck stützt oder in denen zwar ein Effekt festgestellt wird, dieser aber letztlich keine Rolle spielt.
2. Vgl. oben S. 22
3. a.a.O. US 609; Led 1498.
4. a.a.O. US 605; Led 1496.
5. Vgl. dazu die Entscheidung des District Court 201 Fed 581, 585 (1912): "... that the defendants and their members are in a combination to prepare such circulars (official reports) and to distribute them is manifest."

Zu Seite 37

1. a.a.O. US 608-09; Led 1498.
2. Der Schluß beruht hier auf einem Erfahrungssatz (a.a.O. US 612; Led 1499): "... the conspiracy to accomplish that which was the natural consequence of such action may be readily inferred."
3. a.a.O. US 608; Led 1497: "... when viewed in the light of the history of these associations and the conflict in which they were engaged to keep the retail trade to themselves ..." vgl. auch 201 Fed 583: "... for a number of years there has been friction between the two groups, wholesalers and retailers..."
4. Siehe Anmerkung 3.
5. 209 Fed 583: "... suffice it to say that the "official report" is a method adopted by the retailers to check this competition.
6. Vgl. oben S.24
7. a.a.O. US 576; Led 1090.
8. a.a.O. US 609; Led 1498.

Zu Seite 38

1. 262 US 571 (1923); 67 Led 1035, vgl. zum Sachverhalt im einzelnen oben S.35
2. US 388; Led 1040.
3. Über die Hälfte der Entscheidung beschäftigt sich ausschließlich mit der Vereinbarung selbst.
4. a.a.O. US 391; Led 1041: "... each also agreed under, ^{of} penalty fine, to attend a monthly meeting ..."
5. US 389; Led 1041: "... if looking at the entire contract by which they are bound together, in the light of what has been done under it ..."
6. Vgl. oben S. 35
7. a.a.O. US 386; Led 1040 "Adoption of rules".

Zu Seite 39

1. a.a.O. US 387; Led 1040: "... the bureau displayed great industry in making inquiries; ... members were 'put on the carpet' and subjected to searching inquiry of their transactions."

2. a.a.O. US 388 Led 1040: "Defendants continued with particular care actively to carry out the several provisions."
3. a.a.O. US 384; Led 1039: "... (the bureau) will suggest from time to time the means for broader service ..."
4. Bestritten ist hier lediglich die Folgerung, die aus der Preisabsprache gezogen wird: 275 Fed 945: "... Zoning for the purpose of fixing rates is not new. The Interstate Commerce Commission permits it in regulating the charges to be made by railroads."
5. a.a.O. US 384-85; Led 1039: "... it is agreed by all: That 'monthly meetings' will be held of all subscribers hereto at some convenient center, '.....' any subscriber failing to attend ... at each of these meetings and be in punctual and continued attendance thereon shall be subject to a fine of ..."

Zu Seite 40

1. a.a.O. US 386; Led 1040. Der Beginn des Informationsaustausches war September 1918, die hier als Beweisgrundlage dienenden Schlüsse wurden im Oktober 1919 gestellt.
2. a.a.O. US 381-82; Led 1038: "... if any subscriber considers that it has good cause to question the report made by any other subscriber, then it may request an investigation or audit made by the bureau and, if considered proper by the bureau, it will be so made ..."
3. a.a.O. US 387; Led 1040; der Vorderrichter empfand stabile Preise z.B. als etwas durchaus Positives, 275 Fed 945: "... that the economic law of supply and demand be more intelligently put into operation."
4. 275 Fed 945
5. American Column and Lumber Co. v. US 257 US 377 (1921); 66 Led 284.
6. Bei der Darstellung der Funktionen des Zwecks wurde dieser Fall zwar unter dem Stichwort Kausalitätsfest-

stellung behandelt, er ist aber auch einschlägig für die Fragen, die sich ergeben bei der Beurteilung des Zwecks als Feststellungsersatz.

7. a.a.O. US 392; Led 283: "... as this is the first time their (i.e. open competition) legality has been before this court for decision, some detail of statement with respect to them is necessary."

8. a.a.O. US 410; Led 295: "Genuine competitors do not make daily, weekly, and monthly reports of the minutest details of their business to their rivals, as the defendants did ..."

1. a.a.O. US 392; Led 283

2. a.a.O. US 392; Led 283

3. a.a.O. US 392; Led 283

4. Weiter unten, ... , welche Schwierigkeiten ... in im Zusammenhang mit der ... , allen Vertragsparteien ...

5. a.a.O. US 392; Led 283

6. Und zwar wurden in der Zeit von Februar bis Dezember 19 solcher Briefe statt der vorgesehenen 11 abgeschickt.

1. a.a.O. US 398; Led 290: "before each of these meetings a questionnaire was sent out ... each of these questions plainly invited an estimate and discussion of ..."

2. Es muß hier allerdings nochmals darauf hingewiesen werden, das die Begriffe combination, contract oder conspiracy so wie sie im Sherman Act gebraucht werden ganz und gar nichts mit dem engen Vertragsbegriff z.B. des deutschen Kartellrechts (§ 1 GWB) gemein haben.

3. a.a.O. US 397; Led 290: "Such in outline, was the paper plan ... but elaborate though it was, in fact three important additions were made to it."

4. a.a.O. US 404; Led 292: "... to convincingly show

that one of the prime purposes of the meetings ... was to induce the members to cooperate in restricting production."

5. a.a.O. US 398; Led 90: "All the activities of the 'plan' plainly culminated in these letters and reports."
6. a.a.O. US 406; Led 293: "... there would not only be no good reason to cut prices, but there would be every reason why they should be held at reasonable profit making levels."
7. US 401; Led 291.

Zu Seite 43

1. a.a.O. US 401; Led 291: "Some disposition appears in the argument ... to suggest that Gadd exceeded his authority."
2. a.a.O. US 404-05; Led 293: "They (members) assiduously cultivated, through the letters of Gadd, speaking for them all ... the general conviction that higher and higher prices were obtainable."
3. a.a.O. US 401; Lea 291: "No objection appears to have been taken to any of his conduct."
4. a.a.O. US 608; Led 1497: "When viewed in the light of ..." oder auch Linseed US 389; Led 1041: "... looking at the entire contract by which they are bound together..."

Zu Seite 44

1. a.a.O. US 577; Led 1100.
2. Morton Salt Company v. United States 235 Fed 2d 573 (1956).
3. Um den vorliegenden Fall gegen die Zement-Entscheidung und Maple Flooring abzugrenzen, führt das Gericht a.a.O. s. 576 aus: "But those cases carefully stated that there was no other (als die Vereinbarung) evidence of conspiracy and that no resulting substantial identity of prices was shown."
4. a.a.O. US 599; Led 876
5. a.a.O.: "Certainly the exchange is a factor appropriately considered in determining the existence of a conspiracy."

Zu Seite 45

1. Das waren Durchführungsmaßnahmen, die das Gericht für besonders erheblich hielt; die unbedeutenderen Umstände werden als "incidents" behandelt.
2. Vgl. zum folgenden a.a.O. S. 577-78.
3. Wenn der Zweck als Feststellungersatz fungiert, reicht die Äußerung einer Partei in der Regel nicht aus: vgl. z.B. Container Corp. a.a.O. US 344; Led 534 (Dissenting opinion): "... I do not believe that the desire of a few industry witnesses to use the information to minimize price cuts supports the conclusion that such an agreement (i.e. to cut prices) was implicit."
4. a.a.O. S. 578.

Zu Seite 46

1. a.a.O. S. 578: "It seems wholly inconsistent with any conclusions but that a price conspiracy existed between them."
2. Ein solcher Schluß wäre vielleicht dann zwingend gewesen, wenn sich alle Salzhersteller trotz ihrer Unfähigkeit ein Angebot zu kalkulieren, diese hätten vorlegen lassen.
3. a.a.O. S. 577.
4. a.a.O. S. 577: "But the presence of only a few friendly sellers and the stable demand for the product present a great opportunity and temptation to combine to maintain price at an artificially high level profitable to all."

Zu Seite 47

1. 297 US 555 (1936); 80 Led 859. Zum Sachverhalt vgl. oben S. 42
2. Im folgenden geht es nicht darum, ob und wann ein Zweck rechtfertigt, sondern darum wie der Zweck festgestellt wird. Zur Beantwortung der ersten Frage, wäre etwa zu untersuchen, worauf der Zweck gerichtet sein muß und ob dieser Zweck der "dominant purpose" ist.
3. a.a.O. US 579; Led 866.

4. In beinahe allen Vereinbarungen wird ein derartiger Zweck angegeben, vgl. Cement Manufacturers a.a.O. US 591; Led 1106; oder auch Tag Manufacturers Institute c. FTC 174 Fed 2d 452, 455 (1949): "... by voluntary action to foster fair competitive opportunities in the public interest."
5. a.a.O. US 573; Led 863: "... and that a proper appraisal of the motives ... of defendants cannot be made without full appreciation of the sorry condition into which the industry had fallen."

Zu Seite 48

1. a.a.O. US 575; Led 864: "... the industry was in a demoralized state which called for remedial measures ..."
2. a.a.O. US 575-76; Led 864: "Defendants stressed their dealings with the Department of Justice as evidence of their good faith and of the propriety and legality of their purposes."
3. Daß der vom Supreme Court anerkannte Rechtfertigungszweck dennoch nicht die gesamte Vereinbarung zu rechtfertigen in der Lage war, lag daran, daß die einzelnen Abreden der Vereinbarung u n v e r h ä l t n i s m ä ß i g waren im Verhältnis zu dem angestrebten Zweck.
4. S. 45 ff.

Zu Seite 49

1. S. 36 ff.
2. S. 35
3. Das betont auch Watkins 16 American Economic Review Supplement 203, 234 (1926): (zitiert nach Westmacker 43): es sei mußig ... die Entscheidungen rationalistisch miteinander in Einklang zu bringen. Die Wahrheit sei, daß bei der Anwendung der rule of reason ... die wirkliche Erklärung der Beurteilung des betreffenden Verbandes darin zu suchen sei, was das Gericht über dessen Verhalten f ü h l e, nicht aber, wie es über die Organisation rationalistisch argumentiere. Der Supreme Court habe in den Fällen nicht verschiedene Dinge gesehen, sondern die Dinge verschieden betrachtet.

4. Das wird dem Supreme Court u.a. in Sugar Institute vorgeworfen a.a.O. US 577; Led 865: "They (i.e. die Beklagten) charge that the finding was built upon an inherent suspicion and not upon the evidence." Auch Tag Manufacturers a.a.O. 459: "The foregoing (i.e. Beweisführung der FTC) is perhaps more in the nature of a priori argument than a finding of fact."
5. So z.B. in Maple Flooring a.a.O. US 579; Led 1100-1101.

Zu Seite 50

1. Dazu ausführlich unten S. 52
2. S. 52ff

Zu Seite 51

1. American Column and Lumber a.a.O. US 409; Led 294: "... the record shows that the price of the grades of hard wood in most general use were increased to an unprecedented extent during the year." Auch Linseed Oil a.a.O. US 587; Led 1040. Sugar Institute a.a.O. US 583; Led 868.
2. S. 18
3. In diesem Sinne hat sich der Supreme court verschiedentlich geäußert: Appalachian Coal a.a.O. US 372; Led 836: "... knowledge of actual intent is an aid in the interpretation of facts." Und erst kürzlich in Norfolk Monument Corp., Inc. v. Woodlawn Memorial Gardens Inc., 394 US 700, 704 (1969); 22 Led 2d 658, 6662: "... in complex antitrust litigation where motive and intent play leading roles ..."

Zu Seite 52

1. So auch Kaysen-Turner a.a.O. S. 151: "What distinguishes Maple Flooring, Tag Institute and Cement Manufacturers Protective from American Column and Lumber, American Linseed and Sugar Institute cannot easily be described." Stocking a.a.O. S. 543 hält alle Vereinbarungen für verboten gemessen an folgendem Standard (workable competition): "Is it designed to promote informed but independent decisions by trade rivals and by their customers in order that they may adjust their

operations more intelligently to the vagaries of the market, or is it designed to achieve a common judgment among business rivals about their business policies and a common pattern of behaviour which brings security to all of them." Mestmäcker, Dissertation S. 43 hingegen meint, daß zumindest Maple Flooring sich von den übrigen Fällen klar unterscheidet.

2. S. 40 vgl. oben.

Zu Seite 53

1. US v. Container Corp. of America 393 US 333 (1969); 21 Led 2d 526.
2. American Column and Lumber a.a.O. US 411-12; Led 295: "Convinced, as we are, that the purpose and effect of the activities ... were to restrict competition." Sugar Institute a.a.O. US 578; Led 865: "... agreement ... which in general purpose and effect ...". In Linseed Oil wird ein Effekt nicht einmal erwähnt und auch in Morton Salt ist nur immer von einer "conspiracy" die Rede.
3. a.a.O. US 568; Led 1096
4. Der logische Gedankengang, der den Supreme Court zu dieser Feststellung zwingt, bleibt unklar; denn mit "therefore" ist die Behauptung der Regierung gemeint, es liege ein per se-Verbot vor, das eingreift "regardless of its actual operation and effect".
5. a.a.O. US 567-68; Led 1096.

Zu Seite 54

1. a.a.O. US 585; Led 1103.
2. Es ist einigermaßen erstaunlich, daß sich der Supreme Court mit solcher Entschiedenheit über das Vorliegen bzw. nicht Vorliegen eines Effekts äußert, denn die positive Effektfeststellung des Vorgerichts weist er mit dem Argument zurück: "... that it was impossible to measure either accurately or even approximately, the effect of the activities of the defendants upon prices, production and competition in the flooring industry." (a.a.O. US 575-76; Led 1099.

3. Dazu ausführlich unten S. 80
4. Die ausgetauschten Preislisten der Parteien waren nahezu identisch und 75 % der Geschäfte wurden gemäß diesen Listenpreisen abgewickelt. Das Gericht verneinte eine Wettbewerbsbeschränkung mit dem Argument, die Abweichung von der Preisgleichheit (25 %) sei nicht unerheblich. Außerdem habe die Preisgleichheit schon vor der Vereinbarung bestanden.
5. US v. Container Corporation of America 393 US 333 (1969) 21 Led 2d 526.
6. Der Sachverhalt wird der Entscheidung des District Court entnommen 273 F. Suppl. 18 (1967).
7. a.a.O. fact finding 8.
8. a.a.O. fact finding 9.
9. a.a.O. fact finding 11.
10. a.a.O. fact finding 15.
11. a.a.O. fact finding 12.
12. a.a.O. fact finding 28.
13. Ob es sich tatsächlich um Preisabsprachen handelte, und welcher Art sie waren, geht aus der Entscheidung nicht klar hervor, fact finding 39 ff.

Zu Seite 55

1. Supreme Court a.a.O. US 335; Led 529.
2. a.a.O. fact finding 302 ff.
3. Anders allerdings Justice Fortas in seiner concurring opinion (US 339; Led 531), der wie selbstverständlich "purpose" annimmt, daraus dann aber keine Konsequenzen zieht.
4. a.a.O. US 336; Led 529-30.

Zu Seite 56

1. Das Vorliegen eines Oligopols wurde in der dissenting opinion bestritten, da unstreitig der Markteintritt ohne große Schwierigkeiten möglich war, a.a.O. US 343; Led 533.
2. a.a.O. US 337, Led 530.
3. a.a.O. US 337; Led 530.
4. Dafür Markert AWD 69, 63 (1967); Zimmermann, der die Regierung vor dem Supreme Court vertre-

ten hatte, erkennt in der Entscheidung kein per se Verbot: 38 Antitrust L.J. Nr. 21 (1969) 605: "The opinion as I read it, at least the majority opinion stresses that there was enough evidence of effect." Das ist auch die Ansicht von Justice F o r t a s in seiner concurring opinion (a.a.O. US 339; Led 551): "This evidence is sufficient ... to show an actual effect ..." H a n d l e r, 38 Antitrust L.J. Nr. 21 (1969) 592 enthält sich einer genauen Stellungnahme und fordert, daß gegen Vereinbarungen der vorliegenden Art eine unwiderlegbare Vermutung streiten sollte: "I would hold such agreements presumptively unlawful with the burden of justification shifting to the defendants."

5. So wird dann auch in der Dissenting opinion US 344, Led 534 behauptet: "The government has simply not proved its case."
6. Vgl. unten S. 34

Zu Seite 57

1. Die hier einschlägige Klausel des Clayton Act lautet: "... where the effect ... may be substantially to lessen competition."
2. Auch Bork 75 Yale L.J. 375, 389 (1965) lehnt eine Trennung der Merkmale grundsätzlich ab: "Only in exceptional cases, however, will evidence of bad intent be so convincing and so separated from other factual questions that it will prove unnecessary to examine the question of the agreement's effect. The two issues are likely to be so intermingled in the fact finding process, in any event, that it would be impracticable to separate them into separate stages of trial."
3. Dazu vgl. oben S. 48
4. Es soll hier allerdings nicht geleugnet werden, daß die Unterschiede in den Beweisanforderungen in den Entscheidungen des Supreme Court nicht immer mit aller Klarheit hervortreten. Der Unterschied liegt auch weniger in der Verschiedenheit der zu berücksichtigen-

den Umstände, als vielmehr darin, daß das effect-Verbot die tatsächliche Feststellung dieser Umstände verlangt.

Zu Seite 58

1. Vgl. S. 22
2. Das wird allerdings nur sehr selten der Fall sein, da die Vereinbarungen immer wieder unterschiedliche Klauseln aufweisen.

Zu Seite 59

1. Low a.a.O. S. 340 : "But a citation is one thing; application is quite a different matter. And judicial application of economic theory has not been an outstanding success, even assuming that it has often been even attempted."
2. Dazu Stocking a.a.O. S. 551: "By their fruits we shall know them' may be a good botanical guide, but the fruits of economic arrangements are not always so readily identifiable. It may help, therefore, to see what was planted."
3. Interstate Circuit, Inc. v. US 306 US 208, 226 (1939); 83 Led 610, 620: "The production of weak evidence when strong is available can lead only to the conclusion that the strong would have been adverse." Container Corp. a.a.O. US 345; Led 534: "And, this is not a case in which it would be unduly difficult to demonstrate anti-competitive effects."
4. Mason, Economic Concentration S. 394: "An attempt to push inquiry into effect too far is clearly an invitation to non-enforcement ..." Bork a.a.O. S. 386: "Considerations of law - enforcement efficiency weigh even more heavily ... it would place too great a burden upon the government to require it to prove that restriction of output was a real possibility..." Rahl, Hoffmann's Antitrust Law and Technique Vol. 2, 35, 46 (zu per se rules): "... that they contribute to more efficient administration by cutting down the length and scope of investigation and trials."
5. Diese Bedeutung wird allerdings von Phillips (WuW 71,

45 ff.), der auf die industriefreundliche Entscheidungspraxis und die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse in den Vereinigten Staaten hinweist, mit guten Gründen angezweifelt.

6. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß mit dem Zweck-Test dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit in jeder Weise Genüge getan ist, die Einzelinteressen werden also nicht dem Gemeininteresse "geopfert".

Zu Seite 60

1. Vgl. dazu das Schema auf S. 52
2. Maple Flooring, Cement Manufacturers.

Zu Seite 61

1. So z.B. Oppenheim, 50 Michigan Law Review 1139, 1171 (1952): "Here also the approach should be to evaluate the nature, purpose, and effect of a particular joint or co-operative activity of a trade association by application of the rule of reason in the total setting of the circumstances of the specific factual situation."
2. Die Benennung der einzelnen Tests hat im Grunde nur sehr wenig Aussagekraft; entscheidend ist einzig und allein, was der Supreme Court unter der jeweiligen Bezeichnung in einem bestimmten Fall versteht. Und dieses Verständnis wechselt sehr häufig.
3. Daß der Zweck bei der rule of reason zu berücksichtigen ist, ist unstrittig. Welche Bedeutung er bei den per se rules hat, ist hingegen umstritten. Vgl. dazu oben S. 19
4. Der Ansicht K r i e g e r s WuW 63, 457, 466, der "Versuch, Indizien systematisieren zu wollen", sei in sich widerspruchsvoll, kann nicht zugestimmt werden. Der richtige Kern dieser Meinung ist lediglich, daß nicht genau bestimmt werden kann, welche Indizien im einzelnen eine Zweckfeststellung ermöglichen. Das liegt vor allen Dingen daran, daß die Indizien nie völlig gleich sind.
5. Sugar Institute a.a.O. US 583; Led 868: "There was a

marked increase in demand and a substantial increase in price despite a concededly large excess of supply." American Tobacco Co. v. United States, 294 U.S. 170, 184 (1935): "... the fact that the price of the product increased without regard to cost."

6. So auch Kemker, Importation S. 116: "Gleichzeitig wird jedoch der mögliche Beweiswert des Preisniveaus und der Preisbildung vernachlässigt."

7. a.a.O. Recht 1949, 1112.

8. a.a.O. "... in the case of a standardized product sold wholesale to fully informed professional buyers ... uniformity of price will inevitably result from ..."

9. a.a.O. "... nevertheless it seems clear that the mere disclosure to each other of pricing data and proposals is per se a means of achievement of uniform prices."

Zusätze

1. Vgl. oben S. 40

2. Lamb und Rittens a.a.O. S. 15: "The ... in not having a well-defined, well-recognized and lawful common denominator of interest ... which are ... are directed, ..."

3. Lugar United States 1914, 204; Law 1914: "The ... in most of their activities' had 'gone much farther than was reasonable ... their professed aims...'"

4. Vgl. oben S. 40

Quellen

1. Kemker 11 Vanderbilt Law Review 361, 368 (1958): "In the final analysis, the conduct of members of the association will determine the validity of the associations activities."

2. Im einzelnen vgl. dazu oben S. 48

3. Tag Manufacturers Institute v. FTC 174 Fed 2d 452 (1949).

4. Es handelte sich also um bereits getätigte Geschäfte.

Zu Seite 64

1. a.a.O. S. 454
2. 48 Statute 195; dieser Act aus dem Jahre 1933 erlaubte u.a. Kooperationen zwischen Trade Associations, soweit sie nicht zu einem Monopol führten.
3. Abgesehen davon, wird natürlich ein positiver Zweck ausdrücklich aufgeführt (a.a.O. S. 455): "... by voluntary action to foster fair competitive opportunities in the public interest."
4. a.a.O. US 411; Led 295.
5. a.a.O. 456: "All information ... shall be freely and fully available to public agencies, distributors and consumers."
6. a.a.O. S. 455.
7. a.a.O. US 398; Led 290.
8. Das war das entscheidende Verbotskriterium in Sugar Institute a.a.O. US 601; Led 877.
9. a.a.O. S. 456.
10. Verbot in American Column and Lumber a.a.O. US 411; Led 295.
11. a.a.O. 457: "... any manufacturer ... may become a subscriber to this agreement."
12. Associated Press v. US 326 US 1, 13 (1945); 89 Led 2013, 2026: "Inability to buy news from the largest news agency ... can have most serious effects on the publication of competitive newspaper."

Zu Seite 65

1. a.a.O. 458.
2. Besonders instruktiv sind seine Bemühungen, die immerhin beachtliche Preisgleichheit als entscheidungsunerblich abzutun; vgl. dazu oben S. 55
3. a.a.O. S. 461, 462.

Zu Seite 66

1. Vgl. S. 55
2. Vgl. oben S. 55

Zu Seite 67

1. Vgl. oben S. 57
2. In der Regel verlangt ein Indizienbeweis eine lücken-

lose K e t t e von Beweiszeichen. So BGH vom
22.3.56 Vers R 56, 276.

3. Vgl. S.61ff
4. Der Anscheinsbeweis ist nach überwiegender Auffas-
sung eine besondere Form des Indizienbeweises, dessen
Folgerungen auf Erfahrungssätze gegründet sind. Vgl.
Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil-
und Verwaltungsprozeß, Gutachten für den 46. Deutschen
Juristentag, Band I, Teil 2 A, S. 24.

Zu Seite 68

1. Vermutungen sind Beweislastnormen, die die Beweis-
last umkehren. Vgl. Rosenberg-Schwab, § 117, I 4.
2. Hierbei sind nur sehr selten wirtschaftliche Abläufe
Gegenstand der Erfahrung, sondern vielmehr das mensch-
liche Verhalten.
3. Vgl. oben S.45/46

Zu Seite 69

1. Inwieweit eine Rechtsvergleichung zwischen dem US Antitrust-Recht und dem Europäischen Kartellrecht möglich ist, ist umstritten. Da die Auseinandersetzung aber bisher weitgehend mit wenig faßbaren Pauschalargumenten geführt wurde, soll auf sie hier nicht näher eingegangen werden.

Gegen eine Rechtsvergleichung z.B. S c h l i e d e r, Revue du Marché Commun, Nr. 109 S. 215, 216 (1968)! "...das in den USA geltende Antitrust-Recht kann zur Auslegung von Normen des EWG-Vertrages ebenfalls nicht herangezogen werden. Die Wesensunterschiede der diesseits und jenseits des Atlantik geltenden Rechtsanordnungen sind derart groß, daß man mit Argumenten wissenschaftlich sicheren Grund verläßt."

Für Rechtsvergleichung ist hingegen K r o n s t e i n, BB 1962 S. 1295: "...Zusammenhänge bestehen zwischen dem neuen supranationalen europäischen Kartellrecht der Art. 85ff des EWG-Vertrages und dem amerikanischen Antitrustrecht, und zwar deshalb, weil¹¹ in beiden Rechtsanordnungen getroffene Entscheidung für ein System des freien Wettbewerbs in einem föderativen Zusammenschluß mehrerer Staaten kraft Natur der Sache zu vergleichbaren Situationen führt."

In diesem Sinne auch S t e c k h a n, Kartelle und Zwischenstaatlicher Handel, S. 191f.

zu Seite 70

1. ABLEG 1969 Nr. L 195 S. 5

2. ABLEG 1969 Nr. L 195 S. 5

3. ABLEG 1969 Nr. L 195 S. 5

4. ABLEG 1970 C 57 S. 1

5. ABLEG 1967 Nr. 163 S. 10, 12

6.ABLEG 1969 Nr.L 168 S.22

7.ABLEG 1969 Nr.L 192 S.5,7

Zu Seite 71

1.ABLEG 1968 Nr.L201 S.7; zum Sachverhalt ausführlich unten S.76

2.a.a.O. S.9

Der Fall wird fragmentarisch mitgeteilt im Bulletin der Europäischen Gemeinschaften 1969 Nr.5 S.37

Zu Seite 73

1.Vgl.RS 56/65 (Maschinenbau Ullm. EuGH Rspr. XVI S.515, 523 (für Zweck und Wirkung); RS 5/69 (Völk) EuGH Rspr. XV S.295,302 (für Handelsbeeinträchtigung); RS 10/69 (Portelange) EuGH Rspr. XV S.309,316 (für Freistellungs-voraussetzungen nach Abs.5)

Zu Seite 74

1.ABLEG 1968 Nr.L 201 S.4,6; S t e i n d o r f f, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht S.27: "...daß jede wirtschaftspolitische Entscheidung für die Zukunft wirken soll. Diese Bestimmung entspricht dem Aspekt des Rechts, der für den Positivismus vom Comte und die ihm folgende soziologische Schule bestimmend ist, nämlich die Gestaltung der Zukunft durch das Recht."

Zu Seite 75

1.RS 10/69 EuGH Rspr. XV S.309

2.RS 43/69 EuGH Rspr. XVI S.127

3. So die überwiegende Meinung; D e r i n g e r AWD 1970 S.182; P. U l m e r AWD 1970 S.193; U l l r i c h GRUR Int 1970 S.383

4. So richtig M a r k e r t EuR 1970 S.349,355: "Der Gerichtshof hat damit (i.e. die beiden oben zitierten Urteile) den Verbotsgrundsatz des Art.85 ... für einen weiten Bereich der Kartellpolitik beseitigt und durch eine nur für die Zukunft wirksame Kontrolle ersetzt."

5.ABLEG 1968 Nr.D 201 S.7

6.Die Änderung, die wohl auf Anraten der Kommission erfolgte, ersetzte eine Klausel, nach der ACEC außer an Berliet und belgische Abnehmer nur an je einen Hersteller in Deutschland und Italien liefern durfte; vgl. ABLEG a.a.O.

Zu Seite 76

1. ABLEG 1969 Nr. 195 S. 1.

Zu Seite 77

1. ABLEG a.a.O. S. 4
2. ABLEG a.a.O. S. 2: "unteilbares Ganzes"; vgl. dazu unten S. 117 ff.

Zu Seite 78

1. So z.B. AGFA-Gevaert, AWD 70, 77; Fensterglas, Bulletin 70, Heft 8, S. 68.
2. Es gibt natürlich auch Fälle, in denen sich die Unternehmen von den Änderungsvorschlägen unbeeindruckt zeigen; so zuletzt Keramische Wand- und Bodenfliesen, ABLEG 1971 Nr. L 10 S. 15.
3. Entscheidung vom 30.6.70 ABLEG 1970 Nr. 148 S. 9. Die Entscheidung zeichnet sich zunächst einmal dadurch aus, daß der zu beurteilende Sachverhalt - soweit er sich auf die im Zeitpunkt der Entscheidung gültige Vertragsfassung bezieht - aus den Veröffentlichungen der Kommission nicht mit der erwünschten Klarheit zu ermitteln ist.
4. ABLEG a.a.O. S. 11.
5. ABLEG 1970 Nr. C 32 S. 1.

Zu Seite 79

1. ABLEG a.a.O. S. 10
2. ABLEG a.a.O.
3. Vgl. oben S. 78 Anmerkung 3
4. ABLEG a.a.O. S. 11 Nr. 16 ff.

Zu Seite 80

1. ABLEG 1970 Nr. L 147 S. 24.
2. In diesem Sinne legte jedenfalls die Kommission eine etwas unklare Klausel der Geschäftsbedingungen aus. ABLEG a.a.O. S. 25 Nr. 16.

Zu Seite 81

1. ABLEG a.a.O. S. 26 Nr. 23.
2. EuGH RS 56 und 58 64 (Grundig-Consten) EuGH Rspr. XII S. 321;
3. EuGH RS 23 67 (Brasserie de Haecht) EuGH RS XIII S. 543.
3. Kommission Entscheidung vom 2.12.68 (AGFA-Gevaert) AWD 70 S. 77; Kommission Entscheidung vom 28.10.70 (Omega) ABLEG 1970 Nr. L 242 S. 22.
4. ABLEG a.a.O. S. 26 Nr. 21.
5. Ebenfalls auf einer Beurteilung von geänderten Vertragsfassungen beruhen die Entscheidungen in den Fällen der Düngemittel-Verkaufssyndikate vgl. Entscheidungen vom 6.11.1968 (CFA) ABLEG Nr. L 276, S. 29 und die am selben Tag entschiedenen Fälle Cobelaz-Synthesehersteller ABLEG a.a.O. S. 13 und Cobelaz-Kokereien ABLEG a.a.O. S. 19; Entscheidung vom 30.6.1969 (Seifa) ABLEG 1969 Nr. L 173 S. 8; Entscheidung vom 23.12.1970 (Supexie) ABLEG 1971 Nr. 10 S. 12. Auf diese Entscheidungen soll hier aber nicht näher eingegangen werden, da es weniger um die Kriterien "Bezwecken" oder "Bewirken" geht, sondern um den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und des Verhältnisses dieser beiden Begriffe zueinander. Mit Recht wird der Kommission vorgeworfen, daß sie in diesen Punkten die Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrages unrichtig interpretiert und angewendet hat. Vgl. U l m e r , Ju-

ristische Analysen 1970, Heft 1 S. 5, 27."Daß nationale Verkaufssyndikate, an denen alle inländischen Hersteller beteiligt sind, trotz Beseitigung der vertraglichen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr die Marktverhältnisse im Gemeinsamen Markt berühren und die Verwirklichung der Integration auf dem betroffenen Sektor gefährden können, dürfte kaum zweifelhaft sein". J o l i e t , Cah. dr. Eur. 1969 Nr. 127. 180; M a r k e r t , EuR 1970 S. 344, 357.

Zu Seite 82

1. Im einzelnen dazu unten S.110
2. Vgl. oben S. 76 ff.

Zu Seite 83

1. Entscheidung vom 20.3.69 ABLEG 1969 Nr. L 69 S. 13.
2. ABLEG a.a.O. S. 16.
3. ABLEG a.a.O. S. 17.
4. Entscheidung vom 28.10.1970 ABLEG 1970 Nr. L 242 S. 22, 25. Zum Sachverhalt vgl. unten S.89
5. ABLEG a.a.O.: "Da in diesen Vereinbarungen jeweils nur einem einzigen Unternehmen der Mitgliedstaaten das Recht vorbehalten wird, Omega-Uhren vom Hersteller zu beziehen, k ö n n t e n sie zu einer Aufteilung der Märkte zwischen den Generalvertretern innerhalb des Gemeinsamen Marktes führen, die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen".
6. Entscheidung vom 17.7.1968 (S o c e m a s) ABLEG

1968 Nr. L 276 S. 25, 26; Entscheidung vom 5.12. 1969 (P i r e l l i - D u n l o p) ABLEG 1969 Nr. L 323 S. 21, 23; Entscheidung vom 28.10.1970 (J u - l i e n - K a t w i j k) ABLEG 1970 Nr. L 242 S. 18, 20.

7. a.a.O.

Zu Seite 84

1. Ganz deutlich ausgesprochen wird das in der Soce-mas-Entscheidung a.a.O. S. 6: "Bei der Beurteilung, ob die Vereinbarung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt, ist nicht nur der derzeitig bekannte Sachverhalt zu berücksichtigen, sondern auch die Entwicklung, wie sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorausgesehen werden kann".
2. JO vom 29.9.67 S. 2592.
3. JO a.a.O.: " ... les textes se rapprochent désormais davantage dans leur forme nouvelle des dispositions correspondantes du Traité de Rome. Ils donnent notamment une définition plus large des critères à retenir pour apprécier l'illicéité des ententes".

Zu Seite 85

1. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob zur Bejahung dieser Kriterien weitgehend die gleichen oder unterschiedliche Umstände herangezogen werden. Vgl. dazu z.B. Joliet, Cah. dr. eur. 1969 S. 127, 160: "... dans la plupart des cas, les éléments qui doivent être analysés pour déterminer si l' objet ou l'effet sont anti-concurrentiel ne sont pas fondamentalement différent".

2. M a r k e r t , ZHR Band 134 (1970) S.53, 59;
J o h a n n e s AWD 1968 S. 409, 413:"Es liegt
daher auf der Hand, den Verbotsbereich der er-
sten Alternative des Art. 85 Abs.1 des EWG-
Vertrages mutatis mutandis mit demjenigen gleich-
zusetzen, der sich bei der Anwendung der Gegen-
standstheorie auf § 1 GWB ergibt. S t e i n -
d o r f f in Europees Kartellrecht (Antwerpen -
Utrecht, 1968) S.277, 283; Benisch, DB 1969 S.247;
Gide u.a. Le droit de la concurrence des Commu-
nautés Européennes, S. 18: "Au cas où l'intention
ne resort pas clairement de l'accord, il convient
d'examiner les effets sur la concurrence".
3. Für das EWG-Kartellrecht wird z.T. die "weite"
Form vertreten. So z.B. Steindorff a.a.O.: "Al-
lerdings wird man mit der deutschen Gegenstand-
stheorie ... anzunehmen haben, daß der Zweck oder
"objet" eines Vertrages nicht nur aus dem Ver-
tragstext zu entnehmen ist".
4. Tribunal de Grande Instance de Castres vom
13.März 1970 (Société Limouzy, Rev.tr.dr.eur.
1970 S.548:

Zu Seite 86

1. So M a r k e r t , ZHR a.a.O. S.54; G ü n t h e r ,
Wege zur europäischen Wettbewerbsordnung, 1969, S.192.
2. H o p p m a n n , DB 70, S. 93, 94.

Zu Seite 87

1. Vgl. dazu die Angaben in Anmerkung 2.S.86.
2. Auch die Wirkungen der Gegenstandstheorie unter-

werfen will H o o t z, WKP 1963 S.384.

3. Vgl. dazu eingehend unten S. 92

Zu Seite 88

1. Eine eigene Aussagekraft hat die Gegenstandstheorie überhaupt nur in ihrer engen Fassung. Geht man von der weiten Gegenstandstheorie aus, so wäre zunächst einmal zu klären, was der "Gegenstand" einer Absprache ist.
2. Vgl. oben S. 75 f..

Zu Seite 89

1. Vgl. oben S. 83.
2. Entscheidung vom 23.10.1970, ABIEG 1970 Nr. 1 2-2 S. 22.
3. ABIEG a.a.O. S. 25 Nr. 5.
4. Vgl. oben S. 83.

Zu Seite 90

1. ABIEG a.a.O. S. 17 Nr. 2c.
2. Dabei ist es hier nicht entscheidend, ob sich hinter dem Zwecktest nicht in Wahrheit eine Eignungsprüfung verbirgt. Denn auch dann wird an diese Eignung im Rahmen des Zweckes ein schärferer Maßstab angelegt als an die Eignung im Rahmen der Wirkung. Auf eben diesen Sachverhalt soll aber hier hingewiesen werden.
3. Vgl. oben S. 75.
4. Vgl. oben S. 76.

Zu Seite 91

1. So der EWA-Fall, vgl. Bulletin der Europäischen Gemeinschaften 1969, S. 37; Rieckermann, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, S. 35; auch der Omega-Fall kann hierhin gezählt werden.

2. Entscheidung vom 6.11.1968 (Kieckermann)
ABLEG 1968 Nr.1.276, S.25, 26 Nr.3; Entscheidung vom 17.7.1968 (Socemas) ABLEG 1968 Nr.1 201, S.4, 6; Die Kommission spricht hier von einer "gewissen Wahrscheinlichkeit".

Zu Seite 92

1. Vgl. dazu oben S.87.
2. So v a n L a m m e, Cah.dr.eur. 1966 S.279, 305; G l e i s s - H i r s c h, Kommentar Art. 85 Fußnote 83; K l e e m a n n. Die Wettbewerbsregeln der EWG, 1962 S.44.
A. D e r i n g e r Kommentar Art.85 Rdn 33.
3. In Wohlfarth-Everling-Glaesner-Sprung. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag, Art.85 Anm.5.

Zu Seite 93

1. So z.B. v o n G a m m, Das Kartellrecht der EWG, 2.Auflage S.43: "... hat damit die Bestimmung - Ähnlich dem strafrechtlichen Versuch - dem vollen objektiven Tatbestand des "Bewirkens" die im objektiven Tatbestand unvollendet gebliebene Handlung gleichgestellt, wenn die Absicht unmittelbar auf eine Verwirklichung des vollen, objektiven Tatbestandes geht". G o l d m a n, Droit commercial européen, 1970 S.296: " ... la prohibition ... (s'appliquerait) à une tentative d'atteinte à la concurrence ...".

Zu Seite 94

1. So G l e i s s - H i r s c h, Kommentar Art.85 Fußnote 83; K l e e m a n n a.a.O. S.44.
2. Das französische Recht bestimmt in Art.2 Code penal: "Toute tⁿetative de crime qui aura-été

manifestée par un commencement d'exécution ..."

3. S c h ö n k e - S c h r ö d e r, StGB-Kommentar, 15.Auflage, § 43, Rdn.30 mit Nachweisen.

Zu Seite 95

1. Für dieses Ergebnis ist es zunächst ohne Bedeutung, wie das Verhältnis der "Zwischenstaatlichkeitsklausel" zur Wettbewerbsbeschränkung bestimmt wird: Teils werden sie als selbständige Merkmale betrachtet. So z.B. K i r s c h s t e i n WuW 1966 S.777, 779. Teils wird eine Kausalbeziehung angenommen; so z.B. P. U l m e r, Juristische Analysen 1970, Heft 1, S.5, 17 mit Nachweisen. Ebensowenig ist in diesem Zusammenhang von Interesse, ob die "Zwischenstaatlichkeitsklausel" als Kollisionsnorm - (so S t e c k h a n, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art.85 des EWG-Vertrages im Lichte der Rechtsprechung zur Handelsklausel der amerikanischen Bundesverfassung, S.104) - oder ob sie richtiger als Sachnorm qualifiziert werden muß. (so S t e i n d o r f f in Kartelle und Monopole, Bd.I.S.174.)

2. a.a.O. S. 43.

Zu Seite 96

1. S c h ö n k e - S c h r ö d e r a.a.O.
2. B a l l e r s t e d t in Festschrift für Böhm, S.179, S.181: "Das Verhältnis zwischen Handlung und Erfolgsverwirklichung kann im Aufbau der einzelnen normativen Tatbestände ein verschiedenes sein. Es gibt Normen, denen ein alleinauf die Handlung

bezogenes Unwerturteil ohne Rücksicht auf die Verwirklichung eines rechtswidrigen Erfolges zugrunde liegt ...".

3. Regierungsbegründung S. 28.

4. a.a.O. S. 179.

Zu Seite 97

1. In dieser Richtung - aber zu undifferenziert - auch B a u m a n n - a r z t in ZHR Band 134 (1970) S.24, 33: "Primär wird man also zu fordern haben: eine Umgestaltung der meisten Ordnungswidrigkeiten der §§ 38 ff. GWB in echte Straftaten..." Zweifelnd hingegen B e l k e in ZHR Band 130 (1968) S.239, 248 Anmerkung 1: "... strafrechtliche Kategorien des Handlungsunwertes oder der Vorwerfbarkeit ..., die bei der Verwirklichung wirtschaftspolitischer Ordnungsvorstellungen nicht recht passen wollen. Der Begriff einer "öffentlichen" Ethik in wirtschaftsleben erscheint jedenfalls anfechtbar".
2. In Europees Kartellrecht, Antwerpen-Utrecht 1969, S.177, 184: "Ein Verbot mit Nichtigkeitsfolge und möglicher Bußgeldverhängung bedeutet notwendig ein Unwerturteil über eine Handlung ...".

Zu Seite 98

1. So führt er für § 1 GWB aus a.a.O.S. 184: "Wäre § 1 so gefaßt, daß es auf die gemeinsam verfolgte Absicht des Markteinflusses ankäme, so wird man ohne weiteres eben darin den Handlungsunwert der fraglichen Verträge und Beschlüsse erkennen".
2. An dieser Stelle kann noch offenbleiben, ob es

sich um eine konkrete oder abstrakte Gefährdung handeln muß.

3. Urteil vom 15.Juli 1970 EuGH Kspr. Band XVI, S.661, 703.

Zu Seite 100

1. Entscheidung vom 24.7.1969 Nr.L 195 S.11, 15.
2. Entscheidung vom 16.7.1969 ABLEG 1969 Nr.L 192 S.5, 20
3. Mitteilung vom 2.12.1968 AWD 1970 S.77.
4. So auch F i k e n t s c h e r in Europees Kartellrecht, (Antwerpen-Utrecht) 1969, S.177, 184.

Zu Seite 101

1. So die jetzt überwiegende Meinung. V o n d e r G r o e b e n in Les Nouvelles Nr.1979: "En effet, le postulat, de la liberté, pierre angulaire de ce choix, confère à la concurrence sa légitimation en tant qu'incarnation du principe de la liberté démocratique en matière économique". M a r k e r t, EuK 1970, S.351.
2. Das ist ganz überwiegende Meinung. G i d e u.a. a.a.O. S.3; J o l i e t , The rule of reason in antitrust law, S.60; C e r e x h e in Les Nouvelles Nr.2027; J a q u e m i n CMLR Vol 7 (1970) S.206: "... common market philosophy, which ist to encourage cartels or monopolies beneficial to the economy..."

Zu Seite 103

1. BGHST vom 15.2.63 in BGHStE 18 S.271, 272: "Nach dem Sprachgebrauch besteht dann eine Gefahr, wenn der Eintritt eines Schadens nahliegt. Das ist

dann der Fall, wenn nicht nur die gedankliche Möglichkeit, sondern eine auf festgestellte tatsächliche Umstände gegründete Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses besteht". Auch Sch r ö d e r ZStW 81 (1969) S.7, 9.

2. Der Vollrausch-Tatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt S.69.

Zu Seite 105

1. BGHSt Urteil vom 30.10.1970 NJW 71, S.441 (Entscheidung zu § 109 g StGB).
2. J e s c h e c k, Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil 1969 S. 179; M a u r a c h, Deutsches Strafrecht - Besonderer Teil, 5.Auflage, 1969 § 57 I C 1a S.524.
3. B a u m a n n, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1968 § 12 II, 2b S.120; S c h r ö d e r a.a.O. S. 17.
4. G e e r d s, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht (1961) S. 213.
5. BGH a.a.O.
6. J e s c h e c k a.a.O. S.179.
7. W e l z e l, Das deutsche Strafrecht, 11.Auflage 1969, § 12, II S. 63; M a u r a c h a.a.O. § 57 C 1a, S.523. J e s c h e c k a.a.O. S. 179: "Demgemäß sind die Indizien der Gefährlichkeit im Gesetz selbst bindend festgelegt".
8. S c h r ö d e r a.a.O. S. 16 (für Verkehrsstraf-taten. S t r e e Jus. 62 S.94 (für § 227 StGB).
9. Vgl. dazu D r e h e r, StGB Kommentar 32 Auflage 1970 § 227, 1 Bda.
10. a.a.O. S.179.

Zu Seite 106

1. a.a.O. S.17.
2. G e e r d s, a.a.O. S.213.

3. Von der Eignung zur Handelsbeeinträchtigung soll hier einmal abgesehen werden.
4. Zum Verbotsgrund des "Zwecks" vgl. oben S. 96 ff.
5. Das gilt unabhängig von der Frage Individualschutz oder Institutionsschutz; zu den Schutzgütern des Wettbewerbs vgl. oben 1. Teil S. 8/9.

Zu Seite 107

1. M a u r a c h, Besonderer Teil 5. Auflage § 57 I C 1b, vgl. unten Anm. 4...
2. Vgl. unten S. 135 ff.
3. M a u r a c h, Besonderer Teil § 57 I C 1b führt als Beispiel § 306 Ziff. 3 StGB an; S c h m i d - h ä u s e r, Strafrecht - Allgem. Teil 1970, S. 177.
4. M a u r a c h a.a.O. (zu § 306 Ziff. 3 StGB und § 321 StGB): "... der Täter verletzt durch seine Handlung ein bestimmtes Rechtsgut und gefährdet dadurch in bestimmter oder unbestimmter Form Leib, Leben oder hochwertige fremde Sachgüter".

Zu Seite 108

1. Zu den Schutzgütern des Wettbewerbs vgl. 1. Teil S. 8/9.
2. Ähnlich C r a m e r a.a.O. S. 63.
3. Vgl. oben S. 102.
4. a.a.O. S. 177 Rdn. 46

Zu Seite 110

1. D e r i n g e r . Kommentar Art. 85 Rdn. 41;
S t e i n d o r f f, Europees Kartelrecht, a.a.O. S. 285 (für abstraktes Gefährdungsdelikt);
S p e n g l e r, Gemeinschaftskommentar Art. 85 Rdn. 32.
2. K l e e m a n n a.a.O. S. 38; G i d e u.a. a.a.O. S. 14.

3. G l e i s s - H i r s c h, Kommentar Rdn.31;
F r a n k f u r t e r - Kommentar Art.55 Tz 11.
4. Entscheidung vom 30.6.1966 RS 56, 65 EuGH
Rspr. XIII S. 281, 303.

Zu Seite 111

1. Entscheidung vom 9.7.69 RS 5/69 (Völk) EuGH
Rspr. XV S. 295, 302; Entscheidung vom 12.12.67
RS 23/67 (Brasserie de Haecht) EuGH Rspr. XIII
S. 543, 556.
2. Vgl. z.B. die Entscheidung vom 27.6.67 (Transocean)
ABIEG 1967 Nr.163 S. 10, 14; Entscheidung vom
29.12.70 (Keramische Wand-und Bodenfliesen)
ABIEG 1971 Nr.L 10 S.15,20.
3. Entscheidung vom 16.7.69 ABIEG 1969 Nr.L 192 S.5,18.

Zu Seite 112

1. Vgl. oben 1.teil S.2 und 3.teil S.81.
2. Dabei scheint sie - vielleicht auf Grund der all-
gemeinen Kritik - von ihrem Prüfungsvorgehen in den
frühen Düngemittel-Entscheidungen wieder abgek-
ommen zu sein. In der Entscheidung vom 23.12.1970
(Supexie) ABIEG 1971 Nr.1 10 S. 12 wird das Merk-
mal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung
nicht mehr als entscheidungstragendes Tatbestands-
merkmal verwendet.

Zu Seite 113

1. S c h r ö d e r Zstw 81 (1969) S.7, 11.
2. Vgl. dazu unten S.123.

Zu Seite 114

1. Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrs-

strafrecht, 1967, S.16 - 17.

Zu Seite 115

1. Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959, S.28
2. a.a.O. S. 20.

Zu Seite 116

1. Vgl. dazu oben 1.Teil S. 1 .
2. L a c k n e r a.a.O. S. 22.
3. Kooperationsbekanntmachung vom 29.7.1968 ABLEG 68 Nr.C 75, S.3: "Die Kommission hat die Absicht, durch geeignete Einzelentscheidungen oder allgemeine Bekanntmachungen schnell zu klären, wie die verschiedenen Kooperationsformen nach den Regeln der Verträge zu beurteilen sind".

Zu Seite 117

1. Hier sind die gleichen Überlegungen maßgebend, die für den Rechtszustand im amerikanischen Antitrustrecht dargestellt wurden;
2. Dazu J o h a n n e s AWD 68 S.40.
3. Entscheidung vom 28.10.1970 (Omega) ABLEG 1970 Nr.L 242 S.22; Entscheidung vom 30.6.1970 (Kodak) ABLEG 1970 Nr.L 147 S.24; Mitteilung nach Art.19 Abs. 1 VO 17 vom 2.12.1968 (AGFA) AWD 70 S.77.

Zu Seite 118

1. a.a.O. vgl. zum Sachverhalt oben S. 89 .
2. Die Schaffung eines weiten Vertragsbegriffes läßt sich auch aus Zurechenbarkeitsgesichtspunkten begründen; dazu und zur "Spaltung" des Vereinbarungsbegriffes im EWG-Kartellrecht vgl. unten S. 126.

3. Entscheidung vom 22.7.1969 ABLEG 1969 Nr.L 195, S.1, 2; vgl. zum Sachverhalt oben S.76 .
4. Entscheidung vom 22.7.1969 (Jaz-Peter) ABLEG 1969 Nr.L 195 S. 5, 8.

Zu Seite 119

1. Diese Zusammenfassung der Vereinbarungen geschieht allerdings im Rahmen der Beurteilung nach Abs.3 des Art. 85.
2. Entscheidung vom 16.7.69 ABLEG 1969 Nr.L 192 S.5, 13.
3. Das gilt jedenfalls für den Fall, daß die Kommission an ihrer in den Düngemittel-Entscheidungen (vgl. oben 1.Teil S.2 und 3.Teil S.81 entwickelten Rechtsauffassung zur Inlandswirkung von Exportverträgen festgehalten hätte.
4. Entscheidung vom 28.10.70 ABLEG 70 Nr. L 242 S. 18, 20.
5. Die Kommission scheint allerdings davon auszugehen, daß die Marktaufteilung grundsätzlich zu rechtfertigen gewesen wäre.
6. Vgl. oben S.70 .

Zu Seite 120

1. Vgl. oben S.83 .
2. Mit Sicherheit läßt sich dies nicht bestimmen, weil der Zweck ^{aer} unanfechtbaren und begründungslosen Ausschlußmöglichkeiten nicht erörtert wurde.

Zu Seite 121

1. In DB 69 S. 247 ff.
2. a.a.O. S. 251.
3. "Zuzustimmen ist hier B e n i s c h a.a.O. S.251: "So ist die Äußerung eines Vertragspartners oder gar eines Angestellten über eine wett-

bewerbsbeschränkende Zwecksetzung eines Kooperationsvertrages ... unerheblich, wenn sie nicht der dem Vertragsschluß zugrunde liegenden Auffassung der Gesamtheit entspricht".

Zu Seite 122

1. Dazu, daß wettbewerbsbeschränkende Absprachen mit einem Unwerturteil belegt sind vgl. oben S. 96 .

Zu Seite 123

1. EuGH Urteil vom 13.7.66 RS 56 und 58/64 (Grundig - Consten) EuGH Rspr. XIII S. 321, 390; Kommission Entscheidung vom 16.7.1969 (Chinin) ABLE 1969 Nr. L 192 S. 5, 16: Hier wird das Merkmal "Bewirken" gleichgesetzt mit "tatsächlichen Auswirkungen".

Zu Seite 124

1. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1961 S. 61, C e r e x h e in Les Nouvelles Nr. 2032; F o c - s a n e a n u , RMC 1966 S. 862, 870; J o h a n - n e s AWD 68 S. 409, 413.

Zu Seite 125

1. EuGH Urteil vom 12.12.1967 RS 23/67 (Brasserie de Haecht) EuGH Rspr. XIII S. 543; Kommission Entscheidung vom 28.10.1970 (Omega) ABLE 1970 Nr. L 242 S. 22; Entscheidung vom 30.6.1970 (Kodak) ABLE 1970 Nr. L 147 S. 24 OLG Düsseldorf Urteil vom 8. Juli 1969 (Bisenkate) WuWE OLG 1005. BGH Urteil vom 9.4.1970 (Bisenkate) NJW 70 S. 2157; BGH Urteil vom 26.2.1970 WuWE BGH 1081.
2. So M a i l ä n d e r CMLR Volume 6 (1969)

S. 353, 358/9: "If the agreement's effect must be noticeable, we cannot content ourselves with causal speculations, but will require a perceivable link between the agreement as cause and the noticeable distortion as effect". OLG Düsseldorf a.a.O. 1013: "... ist erforderlich, daß von der vorliegenden Einzelvereinbarung auch in der Gesamtheit der Bezugsbindungsverträge noch ein feststellbarer, spürbarer Einfluß auf die Marktverhältnisse in der Gemeinschaft ... ausgeht". Cours d'appel de Paris Urteil vom 12.6.1970 Rev. tr.dr.eur. 1970 S. 539: Das französische Gericht geht wie selbstverständlich davon aus, daß eine Einzelwirkung der vereinbarungen vorliegen muß.

3. Vgl. oben S.147 ff.

4. Vgl. oben S.117 ff.

. EuGH Rspr. XIII S. 543, 555.

Zu Seite 126

1. Im Ergebnis ebenso R a b e l s EuR 1968 S. 221, 224: "Andererseits läßt das Tatbestandsmerkmal "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" die Tendenz des EWG-Vertrages erkennen, wettbewerbsbeschränken- des Verhalten möglichst weit zu fassen".
2. Vgl. oben S.117 ff.

Zu Seite 128

1. F o c s a n e a n u RMC 1966 S. 862, 869: "Conformément au principe traditionnel des droits privés européens, la validité d'un acte de juge en fonction des éléments juridiques prévalant au mo-

ment de sa formation. Un contrat ne s'aurait être annulé pour des motifs survenus postérieurement à sa naissance".

2. F i k e n t s c h e r, Europees Kartelrecht, (Antwerpen - Utrecht) (1969) S.177, 184:
"Die herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung vermag der Handlung den Makel des Unwerturteils jedoch nur dann anzuheften, wenn dieser Erfolg den Handelnden objektiv und subjektiv zurechenbar ist". Aus dem gleichen Gefühl heraus ist wohl auch die Äußerung von S t e i n d o r f f, Europees Kartelrecht a.a.O. S.287 zu verstehen: ",,, die Besonderheit des Verhaltens der Beteiligten muß es ihnen zumutbar gemacht haben, die wettbewerbsbeschränkende Wirkung als Folge ihres Verhaltens in Rechnung zu stellen".
3. C e r e x h e, in Les N^ovelles Nr.2032: "Il faut que soit démontré qu'il existe un rapport de causalité ..." B u n d e s k a r t e l l a m t Tätigkeitsbericht 1961 S.61.

Zu Seite 129

1. B e l k e ZHR 130 (1968) S.261.
2. D r a e t t a in Quadri, Monaco, Trabucchi Commentario Band 2 S.612/13. G o l d m a n Droit Commercial Européen 1970 S.300: "... qu'il doive être mis fin, de toute manière, à l'application de l'accord si celui-ci perturbe le jeu de la concurrence";

3. So richtig G o l d m a n a.a.O. S.300:"On a vu cependant, que cet effet étant apprécié dans son contexte, il est peu vraisemblable qu'il n'ait pas été à tout le moins, raisonnablement prévisible."
4. Das betont auch F o c s a n e a n u a.a.O. S.370.
5. Vgl. oben S. 128

Zu Seite 130

1. Vgl. oben S. 122
2. Vgl. unten S.133ff

Zu Seite 131

1. Zu der Frage, ob nicht zurechenbare Wirkungen andere als die in Art.85 Abs.2 angeordneten Rechtsfolgen auslösen, soll hier nicht näher Stellung genommen werden. Vgl. dazu K i r s c h s t e i n WRP 1968 S.88,90 : "Eine Änderung...wonach die Kommission ermächtigt wird, solche Vereinbarungen zu verbieten und für nichtig zu erklären, bei denen sie eine den Wettbewerb beschränkende Wirkung feststellt"; F i k e n t s c h e r , Europees Kartelrecht a.a.O. S.117: schlägt eine Eingriffsmöglichkeit der Kommission mit der Befugnis zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft vor.
2. Vgl. oben S.124 Anm. 1
- 3 Europees Kartelrecht a.a.O. S. 284 und BB 1970 S. 824,828.
4. In der Teerfarben - Entscheidung vom 24.7.69 ABLEG 69 Nr. L 195 S.11,15 stellt die Kommission fest, daß die beanstandeten Wettbewerbsbeschränkungen "zuminaest fannr lässig " begangen worden seien, da

die Unternehmen wußten oder hätten wissen müssen,
daß ihr Verhalten gegen Art.85 Abs.1 verstieße.

Zu Seite 132

1. J e s s e c h e c k a.a.O.§54 I 4 S.376;ähnlich auch
D r e h e r a.a.O. §59 Anm. III 2
2. M a u r a c h,AT §44 III.

Zu Seite 133

1. Besonders deutlich wird dieses "Durcheinander" in
der EWA-Entscheidung (Vgl.oben S.83),in der ohne er-
sichtlichen Grund für verschiedene Klauseln auch ver-
schiedene Prüfungskriterien angewandt werden.
Richtig bemerkt dazu K i r s c h s t e i n,WuW EV 235:
"Es ist nicht recht klar,weshalb die Kommission hin-
sichtlich der Hersteller auf das Bezwecken,hin-
sichtlich der Mittelspersonen auf das Bewirken der Wett-
bewerbsbeschränkung abstellt."

Zu Seite 134

1. Entscheidung vom 22.7.1969 ABLEG 69 Nr.L 195 S.5,7
2. Urteil vom 30.6.1966 RS 56/65 (Maschinenbau Ulm)
EuGH Rspr.XIII S.281,303:"Diese Merkmale (nämlich
Zweck und Wirkung) sind - wie das Bindewort "oder"
erkennen läßt - nicht kumulativ,sondern alternativ
zu verstehen."
3. M a i l ä n d e r 6 CMLR 353,363 (1969);v a n
D a m m e Cah.dr.eur.1970 S.63,75;C e r e x h e in
Les Nouvelles Nr.2032.
4. v o n G a m m a.a.O. S.43;G l e i s s WRP 1967
S.163,165
5. S o B e l k e ZHR a.a.O. S.246:Die Prüfungs-
reihenfolge soll sich daraus ergeben,daß die

beiden Merkmale verschiedene "Gefährlichkeitsgrade" der Vereinbarung betreffen.

6. In Europees Kartelrecht a.a.O. S. 585.

Zu Seite 135

1. Vgl. oben S.129 .

Zu Seite 136

1. Es soll hier nicht bestritten werden, daß dem Wörtchen "oder" zu entnehmen ist, daß der Zweck bei der Beurteilung der Vergangenheitsrelevanz von Vereinbarungen a u c h zu berücksichtigen sei; vgl. dazu unten S.137.

2. Vgl. oben S.97 .

Zu Seite 137

1. M a i l ä n d e r CMLR V 6 S. 363: "The reciprocal and equivalent effects - analysis can be considered as a true alternative only if, and to the extent that, it likewise envisages the effects of a coexistent system. A different standard of proof for both legal requirements would force ohne to resort to ill-supported fictions of underlying intent". C e r e x h e in Les Nouvelles Nr.2032: "...(unterschiedliche ^SBe-weisanforderungen) rîque de rompre l'équilibre entre d'une part la cause d'une restriction de concurrence et d'autre part ses effets". Auch v a n D a m m e Cah. dr.eur. 1970 S.75.

2. Vgl. zum frazösischen Recht oben S.84 .

Zu Seite 138

1. Urteil vom 13.7.1966 RS 56 und 58/64 EuGH Rspr.XII S. 321.
2. M a i l ä n d e r BB 1966 S. 840; T e s s i n DB 1966 S. 1266; G l e i s s - H o o t z AWD

1966 S. 307, 311; S t e i n d o r f f Europees Kartelrecht a.a.O. S. 277.

Zu Seite 140

1. Darauf weist mit Recht S t e i n d o r f f in Europees Kartelrecht a.a.O. S. 283 hin.
2. Die vorangegangenen Vorabentscheidungen nach Art. 177 beschränkten den EuGH ihrer Natur nach auf theoretische Erwägungen.

Zu Seite 141

1. Entscheidung vom 13.3.1969 ABLEG 1969 Nr. L 69 S. 13; vgl. zum Sachverhalt oben S. 83 .
2. ABLEG a.a.O. S. 16.

Zu Seite 142

1. Vgl. dazu S t e i n d o r f f, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht 1959, S. 26; S c h l u e p WUR 1966 S. 58.
2. Urteil vom 30.6.66 RS 56/65 (Maschinenbau Ulm) EuGH Rspr. XII S. 291, 304.
3. 8. Gesamtbericht (1.4.64 - 31.3.65) S. 73: "Der spürbare Einfluß der Vereinbarung auf die Marktsituation läßt sich erkennen, wenn man die Lage dritter Unternehmen oder der Verbraucher, die sich infolge der Vereinbarung ergibt, mit der Lage vergleicht, die ohne diese Vereinbarung bestehen würde". Entscheidung vom 6.11.1968 (Rieckermann) ABLEG 1968 Nr. L 276 S. 25, 27: "Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß Wettbewerber der AEG-Elotherm innerhalb des Gemeinsamen Marktes beim Absatz ihrer Anlagen in Japan ...

Wettbewerbsnachteile erlitten, die nicht eingetreten wären, wenn Kieckermann auch für sie den Absatz übernommen hätte". Schließlich weist die Kommission in ihrer Stellungnahme gemäß Art.20 der Gerichtshofsatzung zu der RS 5/69, Urteil vom 9.7.69 (Valk) LuGH Kspr.XV S.295, 300; auf die Formulierung des LuGH in dem Urteil Maschinenbau Ulm hin.

4. CMLR V 7 (1970) S. 83-84.

5. Vgl. oben S. 114.

c. K n ö p f l e, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens 1966, S. 132: "Wer aber will diese hypothetischen Verhaltensweisen ermitteln? Vielfach läßt sich nicht mit Sicherheit sagen, ob die Unternehmen ... ohne die fragliche Abrede die Preise verändert, die Neuerungen eingeführt oder die neuen Märkte erschlossen hätten".

Zu Seite 144

1. a.a.O S.27.

2. Entscheidung vom 5.5.69 ABLEG 1969 Nr.L 122 S.8, 10-11.

Zu Seite 145

1. Diese Entscheidung hat bereits zu schriftlichen Anfragen im Europäischen Parlament Anlaß gegeben: Anfrage 16/69 ABLEG 1970 Nr. C 30 S.5; Anfrage 45/70 ABLEG 1970 Nr. C 86 S. 8.

2. K n ö p f l e a.a.O. S. 132 versucht diese hypothetischen Urteile auszuschalten, indem er den

Wettbewerbsbegriff modifiziert.

3. Entscheidung vom 16.7.1969 ABIEG 1969

Nr.L 192 S. 5.

4. Urteil vom 15.7.1970 RS 41 / 69 EuGH

Rspr XVI S. 661.

Zu Seite 146

1. ABIEG a.a.O. S. 15.

Zu Seite 147

1. ABIEG a.a.O. S. 15 Nr.25.

Zu Seite 148

1. EuGH Rspr. a.a.O. S. 698.

L e b e n s l a u f

Am 20.1.44 wurde ich, Hagen Lüderitz, als zweiter Sohn der Eheleute Prof. Dr. med. Bernhard Lüderitz und Frau Theda, geb. Winter, in Goslar/Harz geboren.

In Münster i. W. besuchte ich die Volksschule und das humanistische Schillergymnasium. Nach dem Umzug meiner Eltern nach Bad Salzuflen (1956) wechselte ich über in das humanistische Friedrichs-Gymnasium in Herford. Dort legte ich 1964 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1964 nahm ich in München meine juristischen Studien auf, die ich dann im Wintersemester 1966/67 unterbrach, um mich als Student der Faculté des Lettres in Grenoble zu immatrikulieren. Am 27.1.69 bestand ich dann in München die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 1.4.69 als Rechtsreferendar in den Bayerischen Staatsdienst übernommen.

Im August 1969 nahm ich an einem Kurs im EWG-Recht in Amsterdam teil; im Juli 1970 besuchte ich in Leyden einen Kurs der Columbia University/New York. Eine sechs-monatige Wahlstation in der Rechtsabteilung der Generaldirektion der Allianz Versicherung AG beendete ich am 30.6.1971.

Am 17.9.1971 heiratete ich die Jurastudentin Dorothea Schneider.

